J. pract.
122 u
(1

Beiträge

zur

civilgerichtlichen Praxis

von

Dr. Ludwig Höpfner,

ordentlichem Beisitzer der Juristenfacultät an der Universität Leipzig.

Erster Band.

Leipzig.

Verlag von Karl Franz Köhler.

1842.

V. 9

14 B. 9.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Die hier der Oeffentlichkeit übergebenen Erzeugnisse meiner Musestunden habe ich: Beiträge zur civilgerichtlichen Praxis genannt. In gewissem Betrachte hätte ich sie auch Beiträge zur Praxis des Civilprocesses nennen können, eine Bezeichnung, welche den Practikern vielleicht mehr zugesprochen haben würde.

Um jedoch dem Einwurfe, wenn auch nur Einiger, zu entgehen, daß nicht alle Abhandlungen dem Begriffe des Civilprocesses anheimfielen, habe ich die erstere Benennung vorgezogen.

Die Fragen, deren Beantwortung ich mir zur Aufgabe gemacht habe, sind nicht blos aus dem Gesichtspunkte des vaterländischen Particularrechts, sondern auch, wo mir eine Vergleichung ersprießlich geschienen, aus dem Gesichtspunkte des gemeinen Rechts behandelt worden. Ob ich mit der Arbeit etwas zum Frommen der Praxis gethan habe,

muß ich dem Urtheile Besserer überlassen. Ich würde diesem vorgreifen, wenn ich mit Auseinandersetzung des Zwecks, welcher mir vorgeschwebt, mich befassen wollte.

Leipzig, im Januar 1841.

Dr. Ludwig Höpfner.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

I. Beitrag zur Lehre von der Klagbarkeit 1

II. Ueber die Beschränkung der richterlichen Thätigkeit in Betreff der zu beobachtenden Proceßformen 9

III. Kann das erste Erkenntniß im ordentlichen Processe definitiv sein, wenn noch unerwiesene relevante Thatsachen vorliegen? . . . 14

IV. Ueber die Beweisfrage in dem Falle, wo Beklagter in der Antwort auf die condictio certi ex mutuo den Empfang des Geldes eingeräumt, die Darlehnsqualität geläugnet und, daß er das Geld aus einem andern Rechtstitel erhalten habe, vorgebracht hat 17

V. Kann die Partei, welcher der Eid angetragen worden ist, in der Erklärung auf denselben variiren? 25

VI. Ueber die von einer der Proceßparteien auf nicht entschuldbare Weise herbeigeführte Behinderung der Eidesleistung 33

VII. Sollte wirklich der Eidesantrag zu Bescheinigung der Diffamation unzuläßig sein? 41

VIII. Kann die provocatio ex lege: diffamari gegen den Besitzer der in Frage befangenen Sache erhoben werden? 46

IX. Geht die nach vorausgegangener provocatio ad agendum angestellte Hauptklage durch deren Zurückweisung, so wie durch mutatio und renuntiatio libelli verloren? 50

X. Ueber die Frage, worin das Wesen der Gerichtlichkeit eines letzten Willens bestehe? 57

XI. Bemerkungen zu dem Gesetze vom 27. Oct. 1834., einige Abänderungen in dem Proceßverfahren betreffend 63

XII. Ueber die Anwendung der, in der E. P. O. XXIII. 2. enthaltenen Bestimmung 68

XIII. Kann eine Partei, deren Aufenthalt unbekannt geworden ist, zur Vornahme einer processualischen Handlung öffentlich vorgeladen werden? 74

Seite
XIV. Wie muß der Verwandtschaftsnachweis in Edictalsachen wegen Abwesender und wegen unbekannter Erben beschaffen seyn? . . 81
XV. Ueber die Zulässigkeit der Intervention im summarischen Besitzprocesse und in Spoliensachen 85
XVI. Ueber das Recht des Liedlohns im Concursprocesse . . . 89

Inhaltsverzeichniß.

Seite

XVII. Von dem Gerichtsstande des Arrests 95

XVIII. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Civilprocesse 100

XIX. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel 107

XX. Zur Lehre von der Eventualmaxime im Civilprocesse . . 112

XXI. Zur Lehre von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel . 119

XXII. Ueber die Qualification der zu gerichtlicher Vornahme einer Cession nöthigen Vollmacht 122

XXIII. Ueber den Einfluß des Todes der einen Proceßpartei auf den fernern Gang des Processes 127

XXIV. Ueber den Rechtsbestand einer nothwendigen Versteigerung bei später entstandner Insolvenz des Schuldners 134

XXV. Ueber den stillschweigenden Verzicht auf die exceptio termini angusti 138

XXVI. Zur processualischen Behandlung der exceptio spolii . . 142

XXVII. Zum richtigen Verständnisse des Satzes: compensatio fit ipso jure 146

XXVIII. Ueber die Bedingungen des, in dem Civilprocesse zu erlangenden Armenrechts 151

XXIX. Zur Lehre von der Beweiskraft der Zeugen 155

XXX. Ueber die gehörige Anfertigung der Alimentationsklagen . 159

XXXI. Zur Lehre von der Stellung der Proceßparteien und des Richters gegen einander 165

XXXII. Zur Lehre von dem Ungehorsame in dem Civilprocesse . 170

Inhaltsverzeichniß.

Seite

XXXIII. Zur Lehre von der Präclusion in dem Concursprocesse . 173

XXXIV. Zur Lehre von den processualischen Zeitbestimmungen und von den Rechtsmitteln wider das richterliche Verfahren . . 181

XXXV. Zur Lehre von den Wirkungen des ersten Decrets im Civilprocesse 191

XXXVI. Zur Lehre von der Wiederklage 199

XXXVII. Zur Lehre von dem Aechtheitbeweise der Urkunden . . 207

XXXVIII. Zur Lehre von der Recognition der Urkunden . . 212

XXXIX. Zur Lehre von den klagbaren Zinsen 216

XL. Ist der Ehemann berechtigt zu Einklagung des Dotal- und Paraphernalvermögens seiner Ehefrau? 227

XLI. Steht dem zur simultanen (privilegirten) Succession berechtigten Ehegatten die querela inofficiosae donationis und dotis zu? 235

XLII. Zur Lehre von der Beschränkung der Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse 245

XLIII. Ueber die rechtlichen Wirkungen des congressus cum pluribus 258

XLIV. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . 267

XLV. Ueber den Einfluß des Concursprocesses auf das beneficium excussionis s. ordinis 274

XLVI. Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . 282

XLVII. Zur Lehre von dem Gerichtstande des Arrests . . . 285

XLVIII. Von dem Gerichtstande des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider ein Versäumniß im Civilprocesse . 288

I.

Beitrag zur Lehre von der Klagbarkeit.

Die in der Aufschrift gedachte Frage: was ist klagbar? wird im gemeinen Rechte blos mit einigen allgemeinen Andeutungen berührt und von den Particularrechten fast ganz bei Seite gesetzt, ist auch von den Rechtslehrern im Verhältnisse zu ihrer wissenschaftlichen und räumlichen Wichtigkeit noch viel zu wenig erörtert. Wir gedenken, in Kurzem ihr eine besondere Abhandlung zu widmen; jetzt geben wir nur einen Beitrag in folgendem interessanten Falle.

Ein für die Casse der Hofkirche und des Landeswaisenhauses zu Gotha bestellter Actor erhob bereits im Jahre 1836 vor dem Sächsischen Justizamte D. eine Klage, in welcher er von den Beklagten, den Erben Carl Wilhelms von D., welcher seinen am 11. Februar 1832 zu Gotha verstorbenen Bruder, Herrn Julius Wilhelm von D., ab intestato beerbt hatte, die Abentrichtung einer, im Herzogthum Gotha unter der Bezeichnung einer Collateralsteuer bestehenden Erbschaftsabgabe, nach fünf Procent von dem Betrage der Erbschaft Herrn Julius Wilhelms von D., und zwar zur einen Hälfte für das allgemeine Waisenhaus zu Gotha, zur andern Hälfte für die Hofkirche daselbst, verlangte, und dabei anführte, daß die Steuer mittels Rescripts vom 1. November 1711 zu Gunsten jener Waisenkasse und der Kirchen des Orts, wo der Erbfall geschehen, angeordnet sei, auch endlich unter Beziehung auf ein Inventarium den Betrag der Erbschaft anzeigte. Nach abgesetztem Verfahren, wobei die Beklagten vieles Unerhebliche vorgebracht hatten, wurde unter Angabe folgender Gründe,

daß die geforderte Steuer keineswegs auf einer natürlichen, sondern auf einer, durch specielles, im Auslande nicht anerkanntes Gesetz eingeführten positiven Verbindlichkeit beruhe, und

wegen dieser wohl an dem, in Inlande befindlichen Nachlasse ein Retentionsrecht ausgeübt, und der Ausländer im Inlande belangt werden könne, im Auslande selbst jedoch die Geltendmachung des Anspruchs nicht zu verstatten sei,

das Suchen des Klägers in der Maase, wie es angebracht worden, zurückgewiesen. Diese Zurückweisung wurde auch in der zweiten und dritten Instanz bestätigt, jedoch unter Anführung des Grundes,

daß Kläger nicht behauptet habe, daß der ganze Vermögensbetrag, von welchem er die Steuer gefordert, zur Zeit des Todes Herrn Julius Wilhelms von D. in dem Herzogthum Gotha sich befunden habe, nun aber die Steuer ohne Zweifel blos von dem, in dem Herzogthume befindlich gewesenen Erbschaftstheile gefordert werden könne,

indem zugleich gesagt wurde, daß den Gründen des ersten Erkenntnisses nicht beigepflichtet werden könne,

da — wie es in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse zweiter Instanz heißt — jeder Staat das Recht habe, alle Personen, die in seinen Grenzen, wenn auch nur vorübergehend, sich aufhalten, mit gewissen Abgaben zu belegen, und wenn der Unterthan eines Staats demselben eine Abgabe rechtlich schuldig geworden sei, nicht abzusehen sei, weshalb in einem befreundeten Nachbarstaate die Rechtshilfe gegen ihn verweigert werden könne, warum der fremde Staat hierin ungünstigere Behandlung erfahren müsse, als der geringste seiner Unterthanen, deren gegründeten Ansprüchen solche Rechtshilfe nie versagt würde,

da ferner — wie in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse dritter Instanz ausgesprochen worden — die Gründe des ersten Erkenntnisses nur dann Anwendung leiden könnten, wenn der Vollziehung des im Auslande gegebenen Gesetzes ein, im Königreiche Sachsen geltendes Verbot entgegenträte, was hier gar nicht der Fall sei.

Nun stellte Kläger eine neue Klage an, welche von der frühern nur darin abwich, daß sie die genaue Angabe desjenigen Vermögens enthielt, welches Julius Wilhelm von D. zur Zeit seines Todes in Gotha besessen haben sollte. Diese Klage wurde von der Juristenfacultät abermals zurückgewiesen und zwar wegen der theilweisen unbestimmten Fassung der Klage, und aus folgenden,

die schon früher bei Zurückweisung der ersten Klage ausgesprochene Ansicht näher rechtfertigenden, Gründen.

Der Kläger, — ward gesagt — tritt in doppelter Eigenschaft auf, einmal als Actor einer Landesanstalt, nemlich des Landeswaisenhauses zu Gotha, er klagt mithin im Namen des Staats, welchem die Anstalt gehört, und dann als Actor einer juristischen Privatperson, nemlich der Hofkirche zu Gotha. Stützt er nun seine Forderung der Collateralsteuer, also einer Geldleistung, auf die angeblich gesetzliche Bestimmung in dem Herzoglich Gothaischen Rescripte vom 1. November 1711, so klagt er jedenfalls auf Erfüllung nicht einer allgemeinen, natürlichen, sondern einer speciellen, positiven Verbindlichkeit, und diese gehört, wenn wir des Klägers erstere Eigenschaft ins Auge fassen, ohnstreitig dem sogenannten innern Staatsrechte an, welches in den neuern Theorien schlechthin: Staatsrecht genannt wird, wohingegen die Verbindlichkeit als eine privatrechtliche erscheint, soweit die Hofkirche zu Gotha Kraft eines Privilegiums klagt. Allein wenn schon in der nur gedachten Weise unterschieden werden muß, so kann doch dem Kläger nicht, mindestens nicht im Auslande in der einen, wie in der andern Eigenschaft ein Klagrecht zugestanden werden. Eine Klage, ein Civilproceß, ist überhaupt unstatthaft, wenn dadurch eine Verbindlichkeit geltend gemacht werden soll, die nicht auf privatrechtlichem, sondern auf öffentlich-rechtlichem Titel beruht. Wenigstens kommen alle Lehrer des Proceßrechts dahin überein, daß Finanz- oder Kammersachen nicht als Civilrechtsachen zu behandeln und nicht durch Civilklagen zu verfolgen sind. Zwar sagen dieselben Rechtslehrer auch, daß die Kammer klagen könne, und selbst klagen müsse, wenn der Grund des Streites darauf beruhe, daß der Unterthan ihr Recht gar nicht anerkennen wolle.

Vergl. Linde, Lehrbuch des gem. deutschen Civilpr. 5te Ausg. §. 50.

Allein dies würde in Anwendung auf den hier vorliegenden Fall doch immer nur so zu verstehen sein, daß wenn ein Unterthan des Herzogthums Gotha behaupte, es existire kein Recht, vermöge dessen der Staat die Collateralsteuer fordern könne, die Kammer nicht selbst über die Zuständigkeit des Rechts entscheiden dürfe, sondern die Entscheidung hierüber dem Civilrichter überlassen müsse. Jedoch erscheint auch der erwähnte Satz selbst in dieser Allgemeinheit nicht als richtig, und man kann ihn nur in

Ansehung solcher Ansprüche gelten lassen, welche von der Kammer, als Repräsentantin des Staats in der Eigenschaft einer Privatperson, z. B. eines Rittergutsbesitzers, nicht aber als Repräsentantin des Staats als bürgerlicher Gesellschaft oder als Anstalt gegen eine Privatperson verfolgt werden. Die Ansprüche letzterer Art dagegen müssen, da sie blos auf öffentlichrechtlichem Titel beruhen, auf dem Administrativjustizwege zur Erledigung gebracht werden. Sind nun solche Ansprüche an sich zur Verfolgung im Civilprocesse nicht geeignet, so können sie noch viel weniger vom Staate gegen den Ausländer im Auslande geltend gemacht werden. Bei allen denjenigen Ansprüchen der gedachten Art, welche nicht auf Geldleistungen, sondern auf Handlungen, Verrichtungen, sich beziehen, versteht sich dies von selbst, weil diese Verrichtungen blos während des Aufenthalts im Staate vorgenommen werden können; zweifelhaft könnte es daher nur sein in Bezug auf Geldleistungen. Zu Lösung dieser Zweifel kommt es nicht auf die Frage an, ob der Staat berechtigt sei, alle Personen in seinen Grenzen, d. h. alle seine Unterthanen, mit gewissen Abgaben zu belegen? welche Frage unter der Voraussetzung, daß die Belegung mit Abgaben unter Beobachtung der nach der Einrichtung jeden Staats nothwendigen Formen erfolgt, bejaht werden muß. Vielmehr ist hier und mithin, wenigstens zunächst, auch für gegenwärtigen Fall, die entscheidende Frage folgende:

> Wenn in einem Staate durch das Gesetz dem Unterthan für einen gewissen Fall eine Geldleistung auferlegt worden, und dieser Fall eingetreten, die Leistung also bereits verfallen ist, der Unterthan aber vor Erfüllung derselben das Staatsgebiet verlassen hat — kann dann der Staat diese Verbindlichkeit auch gegen den nunmehrigen Ausländer, der nicht mehr sein Unterthan ist, überhaupt im Auslande geltend machen, und kann er es namentlich durch eine, im Auslande anzustellende Civilklage?

(daß es nämlich der Staat im **Inlande** kann, auch wenn die Person sich nicht mehr dort befindet, wenn sie nur noch Vermögen daselbst hat, an welchem ein Retentionsrecht ausübbar ist, versteht sich von selbst. Man hat aber bekanntlich darum noch kein Klagrecht, weil man ein Retentionsrecht hat.)

Die Frage muß nun unbedingt verneint werden, und zwar aus folgenden Gründen.

Schon an sich kann eine blos durch positive Gesetze entstandene Verbindlichkeit nur da wirksam sein, wo das Gesetz gilt, es wäre denn diesem durch Verträge mit andern Staaten ein weiterer Wirkungskreis gesichert worden, welcher Fall jedoch hier nicht vorliegt. Denn es kann keine Regierung, kein Staat festsetzen, daß etwas, was nicht schon an sich Rechtens ist, Rechtens sein, daß eine Verbindlichkeit, die auf keinem natürlichen Verbindlichkeitsgrunde beruht, eine überall verpflichtende Verbindlichkeit sein, sondern nur das kann bestimmt werden, daß innerhalb der Grenzen des Staats Jenes als Recht, Dieses als Verbindlichkeit gelten solle. Der Unterthan ist darum wohl nicht minder schuldig, ein solches Recht und eine solche Verbindlichkeit anzuerkennen, allein der Grund dieser Schuldigkeit liegt blos in der allgemeinen Unterthanenpflicht, dem Gesetze und der Regierung gehorsam zu sein; und wie nun dem Unterthan, wenn er den Staat verlassen hat, nicht weiter obliegt, den Gesetzen und der Regierung desselben zu gehorchen, mithin die gedachte allgemeine Pflicht mit den Grenzen des Staats beschränkt wird, so kann sich auch jene specielle Pflicht nicht weiter erstrecken, und es ist, um diese besondere und jene allgemeine Pflicht auf die Grenzen des Staates zu beschränken, keineswegs noch das, von den Nachbarstaaten ausgehende Verbot der Weitererstreckung erforderlich.

Diese Sätze des philosophischen Rechts, worüber zu vergleichen sind

de Martens précis du droit des gens, edit. 3me §. 86,

Klüber du droit des gens, §. 55,

von denen Ersterer wörtlich sagt;

Dans la règle la loi ne sortit d'effet, que dans l'état, pour lequelle elle a été donnée, et ne s'étend point sur d'autres états et leurs sujets,

sind auch durch das Gewohnheitsrecht nicht nur der europäischen Staaten überhaupt, sondern auch der deutschen Staaten insbesondere, bestätigt. So ist z. B. ehe der Zollverband geschlossen wurde, in Sachsen eine in Preußen verwirkte Zollstrafe nicht einmal, zahlloser Requisitionen ohnerachtet, zur Vollstreckung gebracht worden; selbst nur Zeugen in dergleichen Sachen abhören zu lassen, hat man sich geweigert, obwohl ein ausdrückliches gesetzliches Verbot nicht existirte; und niemals hat Jemand auch

nur versucht, rückständige Zölle und andere dergleichen Abgaben, die im Staate A. verfallen waren, in dem Staate B. einzuklagen.

Zwar ließe sich gegen jene philosophischen Sätze der historische Grund anführen, daß das Abzugsgeld häufig eingeklagt worden sei. Allein dieser Grund ist blos scheinbar; denn einmal ist zu bemerken, daß das Recht, Abzugsgeld zu fordern, stets als ein, auf privatrechtlichem Titel beruhendes angesehen worden ist,

Vergl. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Ausg. 3. §. 75. 77. 78.

und dann würde, in Sachsen wenigstens, eine Klage auf rückständiges Abzugsgeld, wenn sie vom Auslande hergekommen wäre, nicht für statthaft geachtet worden sein. Auch jetzt, wo der Abschoß in den deutschen Staaten durch den Beschluß der Bundesversammlung vom 23. Juni 1817 (s. die Protocolle der Bundesversammlung. Bd. III. S. 254) abgeschafft ist, können ähnliche Rechte — vorausgesetzt nämlich, daß sie eben so gut gegen Inländer, wie gegen Ausländer, zur Anwendung kommen, worüber der gedachte Beschluß unter 3. zu vergleichen ist — noch immer gedacht werden, und sie kommen wirklich vor. So ist nach dem bereits oben Gesagten die jetzt Geforderte Collateralsteuer selbst, so weit sie für die Hofkirche zu Gotha gefordert wird, hierher zu rechnen, und ein vaterländisches Beispiel ist die Steuer, welche die Stadt Dresden von den, aus Dresden herausgehenden Verlassenschaften Dresdner Bürger vermöge eines, ihr zugestandenen Privilegiums, wenigstens bis zum Erscheinen der allgemeinen Armenordnung vom 22. October 1840 (vergl. §. 13. Nr. 4. 9. u. V. B. p. 259) erhoben hat. Auf diese Steuer konnte die Stadt Dresden, wenigstens nach der vor Kurzem von der Juristenfacultät in einem Rechtsfalle ausgesprochenen Meinung, klagen, denn das Recht, die Steuer zu fordern, war ein, wenn schon auf einem Privilegium beruhendes, Privatrecht, welches die Stadt Dresden geltend machte, und die Sächsischen Gerichte und Unterthanen waren das, von ihrer Regierung ertheilte Privilegium zu respectiren schuldig. Obgleich aber das gedachte Recht den Character eines Privatrechts hatte, so dürfte dasselbe doch wohl schwerlich von einem fremden Staate respectirt worden sein — und dies zwar schon deshalb nicht, weil es nur auf einem, blos innerhalb der Staatsgrenzen giltigen Privilegium, nicht auf einem natürlichen Entstehungsgrunde beruhte. — Aucun état ne peut ac-

corder des privilèges, qu'un autre état serait en devoir de faire observer chéz lui. de Martens, l. l. §. 87. Man setze den Fall, daß einem in Leipzig wohnenden Sachsen eine Erbschaft aus Dresden zugefallen wäre. Nachdem er sie empfangen, wäre er aus dem Sächsischen Unterthanenbande herausgetreten, hätte sich nach Preußen gewendet, und hätte dort eine neue Heimath erlangt. Nun erst hätte der Rath zu Dresden mittels Civilklage die vorgedachte Abgabe gefordert. Schwerlich würde der fremde Staat diesem Gesuche Folge gegeben haben, und dennoch wäre es ein rein privatrechtlicher Anspruch gewesen, der hier geltend gemacht werden sollen. Ganz dasselbe Verhältniß liegt vor in Betreff desjenigen Theils der Collateralsteuer, welchen der Kläger für die Hofkirche zu Gotha fordert. Noch weniger aber, als dieser Anspruch, der doch auf einem Privatrechtstitel beruht, kann der andere Anspruch für das Landeswaisenhaus zu Gotha im Auslande klagbar sein, da er eben aus dem öffentlichen Rechte hervorgeht.

Wollte man das Gegentheil aller dieser bisher ausgesprochenen Grundsätze annehmen, so hieße dieß, sich und die Bürger unseres Staates jeder Willkühr fremder Gesetzgebungen unterwerfen. So gut man in Gotha eine Steuer von 10 Procent für den Fall einführen kann, daß Jemand ohne Leibeserben stirbt, so gut könnte man anderswo eine Steuer von 50 Procent des Vermögens für den Fall einführen, daß ein Protestant eine Katholikin oder umgekehrt ein Katholik eine Protestantin heirathet. In dem Lande, wo sie eingeführt wäre, müßte sich der Unterthan auch dieser Steuer unterwerfen. Es fehlte aber an jedem hinreichenden Grunde, einen fremden Staat zu verpflichten, das Recht auf die Steuer zur Ausführung bringen zu lassen, wenn der Unterthan, bevor die Steuer eingetrieben gewesen, jenes Land verlassen und in dem andern Unterthanenrecht erlangt hat.

Wollte man nun endlich sogar behaupten, daß in einem Falle, wie der beispielweise angegebene ist, die Klage deshalb auch im Auslande stattfinden müsse, weil der Beklagte, indem er Unterthan des Staates gewesen ist, wo jene Steuer gilt, auch der Verpflichtung, eintretenden Falls sie zu zahlen, selbst wenn er inzwischen den Staat verlassen haben würde, sich unterworfen habe, (eine Annahme, die dem Obigen zu Folge nicht richtig sein würde) so dürfte man doch nicht dasselbe in einem Falle statuiren, wo der

auf Berichtigung der Steuer belangte Ausländer niemals oder wenigstens nicht zur Zeit, als der Fall der zu erlegenden Steuer eingetreten, dem Staate unterthänig gewesen ist, in welchem die Steuer gilt.

Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht um eine Verpflichtung des Herrn Julius Wilhelm von D., welcher Unterthan des Herzogthums Gotha gewesen ist, sondern um eine Verpflichtung zunächst des Vaters der Beklagten und sodann dieser selbst, welche keineswegs Gothaische Unterthanen gewesen sind.

II.

Ueber die Beschränkung der richterlichen Thätigkeit in Betreff der zu beobachtenden Proceßformen.

Bekanntlich unterscheidet man die negative und die positive Thätigkeit des Proceßrichters [1]). Negativ thätig ist der Richter, so lange die Parteien nach dem Gebote der Verhandlungsmaxime mit Herzuschaffung des, unter das Gesetz zu subsumirenden Materials sich befassen, und mithin der Richter nur darüber zu wachen hat, daß die Parteien hierbei die Vorschriften der Formgesetze nicht verletzen. Positiv thätig dagegen wird er, wenn er leitend, beurkundend oder entscheidend handelt. Die Feststellung der Grenzen dieser doppelten, ohne Zweifel mit einander eng verwandten Thätigkeit hat die Proceßlehrer vielfach beschäftigt, unter ihnen vorzüglich Gönner [2]), an welchen alle Uebrigen sich anlehnen. Gönner stellt zu genauer Abgrenzung der jedenfalls wichtigern positiven Thätigkeit von der negativen folgende vier Grundsätze auf. Alles, was von der Reflexion des Richters abhängt, ist der Willkühr der Parteien entzogen. Was nicht zur Reflexion des Richters gehört, sondern von dem Vorbringen der Parteien abhängt, ist auch der Willkühr der Parteien anheimgestellt. Diese Willkühr muß jedoch ebenfalls durch die positive Thätigkeit des Richters beschränkt sein, wenn die Beschränkung durch besondere Ursachen bedingt wird. Es kann mithin nur unter Voraussetzung eines besondern (aus dem Gesetze oder der Natur der Sache entlehnten) Grundes, nur als Ausnahme, die Willkühr der Parteien

---

1) S. v. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 78. 125. Gönner, Handb. des teutschen gem. Proc. 2te Ausg. Th. I. Abh. 10. Gensler, Handb. zu Martins Lehrb. 2te Ausg. p. 64. f. Linde, Lehrb. des teutschen gemeinen Civilpr. 5te Aufl. §. 166.

2) a. a. O. Abh. 10., verglichen mit Abh. 9. §. 9.

bei Gegenständen der Verhandlung durch des Richters positive Thätigkeit beschränkt werden. Die Aufgabe Gönners ist hiernach gewesen, die Thätigkeit des Richters gegenüber der Thätigkeit der Parteien genau zu bestimmen, und in diesem Sinne den Unterschied zwischen des Richters negativer und positiver Thätigkeit zu ordnen. Wie nun der Zweck gegenwärtiger Erörterung mit der Aufgabe Gönners keineswegs auf Eines hinauskommt, so können wir auch füglich die Frage auf sich beruhen lassen, ob Gönner seine Aufgabe gelöst habe, ja ob seine aufgestellten vier Grundsätze wirklich logisch genau von einander abgegrenzt seien. Die Rechtslehrer nach Gönner behandeln unsern Gegenstand ganz in dem Sinne desselben, d. h. sie bestimmen, in welcher Weise die Thätigkeit der Parteien durch die des Richters und wieder diese durch jene beschränkt werde. Dagegen berühren sie entweder gar nicht oder nur flüchtig die Frage, in wie weit des Richters Thätigkeit in Betreff der von ihm zu beobachtenden Proceßformen beschränkt werde? Der Versuch diese Frage zu beantworten, soll der Gegenstand dieser Erörterung sein. Die Frage bezieht sich nur auf die positive Thätigkeit des Richters, da der negativ thätige Richter mehr leidend sich verhält, und, so wie er sein passives Verhalten aufzugeben genöthigt wird, schon positiv thätig zu sein beginnt. Aber sie kann auch wieder nur in Anwendung auf den proceßleitenden Richter von Interesse sein, indem der beurkundende Richter keine andern Pflichten zu erfüllen hat, als die eines — und zwar nur über Thatsachen deponirenden — Zeugen [3]), und die Thätigkeit des entscheidenden Richters durch die Kenntniß des dispositiven Theils des Gesetzes, so wie durch die richtige Auffassung des von dem Gesetzgeber gedachten und des ihm, dem Richter, von den Parteien vorgetragenen Falles genau normirt ist, wodurch die Vergleichung beider Fälle und deren Resultat, das Erkenntniß, herbeigeführt wird [4]). Die Proceßleitung äußert sich in erlaubenden, gebietenden und verbietenden Decreten. In keiner dieser Beziehungen ist der Richter nach dem natürlichen, dem philosophischen Proceßrechte an eine gewisse Form gebunden. Das philosophische Proceßrecht kennt gar keine Form; der Richter aber, welchem gar keine Form vorgehalten ist, leitet den Pro-

3) Vergl. Gönner, a. a. O. Abh. 9.

4) S. Müllner, Entscheidungskunde, Leipz. 1819. Abh. XII.

ceß nach Gutdünken, was nichts anders heißen will, als nach Willkühr, Willkühr jedoch darf in rechtlichen Verhältnissen nicht Platz greifen; sie ist namentlich der Philosophie des Rechts zuwider, auch der Philosophie des Processes. Diese aber bietet, eben weil sie keine Proceßform kennt, der Willkühr gerade viel Raum. Deshalb muß das positive Recht dem natürlichen zu Hilfe kommen, d. h. das positive Recht hat die Proceßformen zu bilden. Es darf aber die Thätigkeit des Richters nicht in eine statarische Form gebannt werden, d. h. das positive Recht soll wohl den Streitigkeiten der verschiedenen Gattungen eine im Allgemeinen bestimmte Form der processualischen Verhandlung bestimmen; allein es darf nicht dem Richter einen in den kleinsten Details gezeichneten Proceßgang vorschreiben, und noch weit weniger darf es befehlen, daß der Richter den ihm detaillirt vorgezeichneten Proceßgang in allen ihm vorkommenden Fällen unverändert mit eiserner Stetigkeit anwende. Eine solche Beschränkung der Thätigkeit des Richters würde diesen zur Maschine erniedrigen, und sie würde zugleich das formelle Recht auf die auffallendste Weise zum Nachtheile des materiellen Rechts begünstigen. Es ist aber Hauptaufgabe der Proceßgesetzgebung, daß sie den Richter in den Stand setze, unter passender Anwendung der Proceßform auf die von den Parteien dargelegten factischen Vorgänge das wirkliche Recht zu ermitteln, dergestalt, daß die endliche Entscheidung des Streites, also das formelle Recht, nicht mehr und nicht weniger enthalte, als die Bestätigung des materiellen. Dem Richter muß also, soll seine Proceßleitung dem Zwecke einer tadellosen Proceßgesetzgebung entsprechen, eine gewisse Freiheit im Handeln gestattet sein, die jedoch wieder nicht bis zu dem Extreme reichen darf, bis zur richterlichen Willkühr, welche sich über den Gesetzgeber erhebt, und nicht seltner, als die Despotie eines Formgesetzes, das wirkliche Recht unter der Form erdrückt.

Die Proceßvorschriften müssen daher so gestaltet sein, daß sie weder den Richter zur Sache herabwürdigen, noch der Willkühr desselben Raum geben, und dennoch der Richter alle seine Decrete oder wenigstens diejenigen gebietenden und verbietenden, denen er die Androhung eines Nachtheils beifügt, mit Berufung auf ausdrückliche Gesetzbestimmung begründen und rechtfertigen kann. Denn nur auf die ausdrückliche Formfestsetzung im Gesetze darf sich der Richter zu Rechtfertigung einer von ihm getroffenen pro-

ceßleitenden Maasregel berufen, und zwar nicht blos, weil das natürliche Recht keine Proceßform kennt, sondern auch weil das positive Formgesetz, als die wenn schon heilsame Beschränkung des freien Gebahrens, eine interpretative oder analoge Ausdehnung auf nicht genannte Fälle durch die einseitige Handlung des Richters nicht zuläßt. Findet der Richter, um den Proceß fortleiten zu können, keine ausdrückliche Formvorschrift in seinem Proceßcodex vor, — und es kann dieß wohl vorkommen, da es nicht die leichteste Aufgabe des Gesetzgebers ist, Proceßformvorschriften von der oben verlangten Eigenschaft zu bilden — so bleibt ihm allerdings nichts übrig, als durch Interpretation oder Analogie eine, der Proceßlage angemessene Form zu schaffen; allein er kann dieß nur nicht, wie schon erwähnt worden, einseitig thun, vielmehr ist es blos mit der Einwilligung der Parteien zu bewerkstelligen. Diese Einwilligung erlangt er auf doppelte Weise; entweder wird sie von den Parteien, die ein Compromiß eingehen, freiwillig ertheilt, oder sie wird ihnen abgenöthigt. Letzteres ist nur durch ein entscheidendes Decret, durch ein Urtheil, zu ermöglichen und durch dessen Rechtskraft. Es wird die anzuwendende Form durch das Erkenntniß bestimmt, dem die Parteien beipflichten, entweder weil sie kein Rechtsmittel einwenden, oder weil endlich, nach erschöpftem Instanzenzuge, kein Rechtsmittel mehr zulässig ist. So kann — und muß bisweilen — das Decisivdecret (sententia) dem reinen proceßleitenden Decrete dienlich sein, wie das proceßleitende Decret wieder das Decisivdecret vorbereitet.

Das Ergebniß des bisher Erörterten läßt sich nun so zusammenfassen. Der proceßleitende Richter muß, um eine Proceßform anzuwenden, zumal wenn er auf den Fall deren ungehorsamer Beiseitesetzung einen Nachtheil, den allgemeinen oder einen besondern, eintreten lassen will, auf die ausdrückliche Formbestimmung in dem positiven Gesetze sich beziehen können. Fehlt ihm eine solche Bestimmung, so muß er durch Compromiß der Parteien oder, wenn solches nicht zu erlangen ist, durch rechtskräftiges Erkenntniß die, der fernern Proceßbehandlung angemessene Form schaffen. In dieser Weise ist die positive Thätigkeit des Richters hinsichtlich der Proceßleitung durch das philosophische und positive Proceßrecht beschränkt. Und so ist es zu verstehen, wenn J. A. Boehmer in exercit. ad Pand. T. II. p. 599 sq. sagt: expedit potestatem judicis extendere in litibus dirimen-

dis, und wenn Heffter, Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses, Bonn 1825 p. 170, unter Bezugnahme auf c. 1. 3. 6. C. comminationes, epistolas etc. (VII. 57), c. 7. C. de sent. et interl. (VII. 45) erklärt: Niemals kann das Gericht etwas verordnen, oder einen Nachtheil androhen, wenn es nicht dazu wirklich berechtigt ist.

Zur Erläuterung des Gesagten mag noch folgender Fall erzählt sein, welcher dem sächsischen Rechte angehört. Eine beklagte Gemeinde hatte zufolge rechtskräftigen Erkenntnisses einen Editionseid zu leisten. Der Kläger unterließ die Benennung von Schwurmännern, und die Gemeinde verhielt sich auch ganz still. Der Richter forderte, wie ihm freistand, ex officio nobili den Kläger zur Benennung auf; er drohte jedoch demselben für den Unterlassungsfall, indem er eine sächsische Frist einräumte, den Verlust des gesuchten Documents an. Der Kläger ließ auch diese Frist vorüber. Der Richter setzte einen Inrotulationstermin an, in welchem beide Parteien nichts thaten, und sendete die Acten nach rechtlichem Erkenntnisse, um sein Präjudiz in Wirksamkeit gesetzt zu sehen. Es wurde jedoch in der Sentenz der Facultät dasselbe bei Seite gesetzt, da es in den Gesetzen nicht begründet ist, und es wurde erkannt: Kläger solle binnen sächsischer Frist Schwurmänner benennen, und es solle, wenn dieß nicht geschehe, Beklagte aber angemessene Anträge stelle, ferner in der Sache ergehen, was Recht sei. Diese Anträge können nun nicht anders beachtet werden, als wenn sie auf Fortstellung des Processes gerichtet sind, und diese wird sodann dem Kläger, nach Maasgabe der E. P. O. X. 1. sub jactura litis, unter Anberaumung einer sächsischen Frist, mittels Erkenntnisses aufgegeben werden.

III.

Kann das erste Erkenntniß im ordentlichen Processe definitiv sein, wenn noch unerwiesene relevante Thatsachen vorliegen?

Obgleich die eigentliche Bestimmug des ersten Verfahrens im ordentlichen Processe in Betreff der Hauptsache die ist, ut figatur punctum litigii, so ist dies doch keineswegs so zu verstehen, daß das erste Erkenntniß nach Beendigung dieses Verfahrens niemals eine Definitivsentenz sein könne. Vielmehr ist nach gemeinem [1]), wie nach sächsischem [2]) Rechte die sententia definitiva eben so zugelassen, wie die sententia interlocutoria. Es setzen jedoch die Rechtslehrer dabei voraus, daß dem Richter bereits im ersten Verfahren vollkommene Ueberzeugung von der Wahrheit der, die Definitivsentenz begründenden Thatsachen geworden sei [3]). Dagegen verlangen sie die Beweisauflage, also eine interlocutorische Sentenz [4]) in dem Falle, daß die, dem relevanten Vorbringen der Parteien zu Grunde liegenden Thatsachen noch gar nicht oder nur theilweise bewiesen sind. Es fragt sich, ob Letzteres so unbedingt richtig sei? Wir glauben es verneinen zu müssen, sind vielmehr der Ansicht, daß es nur zum Theile wahr sei, daß also unterschieden werden müsse. Es kommt darauf an, ob die Parteien die Beweismittel und Beweismomente für die, unter ihnen noch streitigen Thatsachen in dem ersten Verfahren mit zur Sprache gebracht haben oder nicht, und in welcher Weise das Erstere von

---

1) Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilpr. 5te Aufl. p. 292 ff. Linde, Lehrb. des teutschen gemeinen Civilpr. §. 223. Martin, Lehrb. des teutschen gemeinen bürgerl. Proc. 10te Aufl. §. 173.

2) Biener, syst. proc. jud. ed. nov. §. 108. Pfotenhauer, doctrina proc. ed. Diedem. §. 311.

3) Bayer, Linde, Martin a. d. a. O.

4) Bayer, a. a. O. p. 295. Linde, a. a. O. §. 224. Martin, a. a. O. §. 173.

ihnen geschehen ist. Haben sie über die thatsächlichen Streitpunkte gestritten, ohne ihre Beweismittel in die Mitte zu bringen, oder haben sie wohl auch — was sehr häufig durch Ungeschicklichkeit der Anwälte geschieht — ihre Beweismittel zugleich mit vorgelegt, es ist diese Vorlage jedoch auf unvollständige Weise geschehen, so daß der Richter die Beweismittel entweder nach der Zahl oder nach der äußern und innern Geltung zu übersehen nicht vermag, so muß der Richter auf Beweis interloquiren. Für diesen Fall also treten wir der gewöhnlichen Ansicht bei. Keineswegs dagegen können wir dieß für den Fall, wo die Parteien vollständig ihre Beweismittel vorgelegt haben, und die gänzliche oder theilweise Insufficienz derselben für Herstellung des Beweissatzes sich ergiebt. Wir setzen natürlich bei Beurtheilung dieses Falles voraus, daß über die vollständige Vorlage der Beweismittel und über deren Form volle Gewißheit vorhanden ist, so wie daß die totale Anwendung der Beweismittel bereits in dem ersten Verfahren geschehen ist [5]). Liegt die Sache so, dann muß der Richter eine Definitivsentenz sprechen. Er hat volle Klarheit über die Frage der Beweisherstellung. Es ist gewiß, daß besserer Beweis nicht werde geliefert werden können, daß mithin eine Beweisauflage nur zum Verschleife des Processes dienen werde; und die Pflicht des Richters, Processe, so viel thunlich, abzukürzen, verbietet ihm, den Parteien die Betretung eines Wegs vorzuschreiben, welcher nur ein kostspieliger Umweg sein kann. Dabei darf der Richter nicht fürchten, durch definitive Entscheidung des Rechtstreites die Proceßrechte der Parteien zu beeinträchtigen, welche verlangen können, daß die genaue Behandlung der Frage um die Beweisherstellung für das zweite Proceßstadium ausgesetzt werde. Denn dieß Recht der Parteien ist ein solches, welches allein zu ihren Gunsten vorhanden ist, und mithin von ihnen nach Belieben aufgegeben werden kann. Die Parteien aber, welche die vollständige Behandlung ihrer Beweismittel nach Form und Inhalt in das erste Verfahren hineinziehen, verzichten offenbar übereinstimmend auf das zweite Stadium, sie gehen ein Compromiß ein, dessen Berücksichtigung sie, wenn schon es ein stillschweigendes ist, sogar verlangen können. Das Erkenntniß kann übrigens, je nachdem es an dem Beweise der Klage oder der Replik, oder an dem der

5) was bei den Zeugen nur höchst selten der Fall sein dürfte.

zerstörlichen Ausflucht oder der Duplick gebricht, ein absolutorisches oder condemnatorisches, auch, wenn es nur theilweise an dem Beweise gebricht, ein bedingtes, von Leistung des Erfüllungs- oder Reinigungseides abhängendes sein; und jedenfalls muß das absolutorische Erkenntniß eine wahre Lossprechung von der Sache, nicht eine Lossprechung von der Instanz sein, d. h. es darf in einem solchen Falle das Vorbringen des Klägers nicht blos angebrachtermaaßen abgewiesen werden, was bei fehlendem Beweise niemals zulässig ist. In folgendem Falle hat die Facultät diese Ansicht, wenigstens in ihrem Hauptzuge, jüngst geltend gemacht. Ein Gerichtsherr forderte im Wege des ordentlichen Processes von einem seiner Unterthanen, welchem von der Kreisdirection die Concession zum Bierschanke ertheilt worden war, einen ihm jährlich zu entrichtenden Concessionszins, indem er zu Begründung dieses Anspruchs auf eine alsbald von ihm beigebrachte Bestimmung des nicht längst errichteten Erbregisters sich berief und zugleich mit Bestimmtheit erklärte, daß er blos aus dieser Bestimmung, wie sie vorliege, sein Recht entlehne. Der Beklagte leugnete die Anwendbarkeit des, sonst durchaus von ihm anerkannten Erbregisters auf den Fall. In dem Erbregister war dem Gerichtsherrn nur für den Fall der geforderte Concessionszins bewilligt, daß von ihm selbst die Concession ertheilt werde; dieser Fall lag aber nicht vor; es wurde daher zu Gunsten des Beklagten erkannt.

IV.

Ueber die Beweisfrage in dem Falle, wo Beklagter in der Antwort auf die condictio certi ex mutuo den Empfang des Geldes eingeräumt, die Darlehnsqualität geleugnet und daneben, daß er das Geld aus einem andern Rechtstitel erhalten habe, vorgebracht hat.

Das Verhältniß, auf welches die Aufschrift sich bezieht, ist folgendes. Der Kläger fordert die Rückzahlung einer Summe Geldes, indem er behauptet, daß der Beklagte das Geld als Darlehn empfangen habe, und daß der Rückzahlungstag vorüber sei. Der Beklagte gesteht zu, daß ihm die Summe behändigt worden sei, leugnet aber, daß er sie darlehnweise erhalten habe, und verbindet damit das Anführen, daß ihm das Geld aus sonst einem Grunde, nur nicht zu Folge eines Darlehngeschäfts, gegeben worden sei. Es fragt sich: bedarf es in diesem Falle noch eines Beweises? und: wenn ein Beweis nöthig wird, ist er von dem Kläger oder von dem Beklagten zu führen? Um diese Fragen zu beantworten, kommt es zuvörderst darauf an zu erörtern, was ein Kläger, um eine von ihm früher gezahlte Summe Geldes zurückfordern zu können, anzuführen und mithin zu beweisen habe. An diese hauptsächliche Erörterung werden sich die übrigen, hier einschlagenden sehr leicht anknüpfen lassen. Schon die Gewährung einer species (letzteres Wort nicht im juridischen, sondern im logischen Sinne genommen) kann aus den verschiedensten Rechtsgründen geschehen sein, z. B. eben so gut zu Vollziehung eines Kaufs, als zu Contrahirung eines Miethvertrags. Noch viel mehr ist die Auszahlung einer Summe Geldes, über welche man weiter nichts erfährt, als nur eben die Thatsache der Auszahlung, in Hinsicht auf die Eigenschaft des Geldes als eines allgemeinen Tauschmittels, ein genereller Vorgang. Durch das Zahlen von Geld können nicht blos diejenigen Obligationen, de-

ren Gegenstand vom Anfange herein das Geld gewesen ist, sondern subsidiär auch alle andere Verbindlichkeiten, mit Ausnahme kaum weniger, gelöst werden. Aus dem Zahlen von Geld allein kann daher die Entstehung einer Verbindlichkeit nicht entnommen werden; auch dürfte kein Practiker zweifeln, daß eine Klage zurückgewiesen werden müsse, welche nicht mehr enthielte, als die Behauptung, der Kläger habe dem Beklagten eine gewisse Summe Geldes ausgezahlt, mithin sei er auch berechtigt, sie wieder zurückzufordern, was er eben thue.

Dennoch hat es Rechtslehrer gegeben, welche eine in dieser Weise gefaßte Klage zuzulassen kein Bedenken getragen haben, indem sie ihr verschiedene Namen, als condictio sine causa, actio utilis de in rem verso, condictio ex fr. 32. D. de rebus creditis (XII. 1.) gegeben. Vergl. Kind, quaest. for. T. IV. cap. 56. ed. II. Den letzten Namen hat man ihr beilegen zu können geglaubt, weil man ihre Begründung in dem gedachten berühmten Fragmente der Pandecten hat finden wollen. Aus diesem Fragmente nämlich ist auch die condictio Iuventiana (condictio aurea) entsprossen, deren Fall dann vorhanden sein soll, wenn A. eine Summe Geldes als Darlehn von dem B. empfängt, und nun der C. nach Eintritt der Verfallzeit behauptet, daß es sein Geld gewesen, welches der B. dem A. geliehen. Hier wird dem C. die Klage auf Rückzahlung des Geldes an ihn gestattet. Man sagt nun, wenn unter solchen Verhältnissen eine Klage gestattet sei, so müsse sie auch in einem Falle zugelassen werden, wo der Kläger nichts mehr anführe, als daß der Beklagte eine bestimmte Summe Geldes von ihm in Empfang genommen habe. Es sei, behauptet man, in dem einen, wie in dem andern Falle, dieselbe ratio erkennbar, es solle nämlich Niemand mit des Andern Schaden sich bereichern, und Iuventius Celsus erkläre in dem Fragmente ganz allgemein: quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Allein dieses Raisonnement ist in keiner Weise haltbar. Das Fragment behandelt einen Fall, wo die Darlehnsqualität ganz und gar nicht streitig ist, der Schuldner A. gar nicht leugnet, von dem B. pecuniam mutuo erhalten zu haben, wo vielmehr nur darüber eine Differenz vorhanden ist, ob der B. oder der C. der wahre Gläubiger sei. Diese Frage ist durchaus verschieden von der über die Qualität des gezahlten Geldes, und es kann der Fall, wo es sich um Darlegung

der Darlehnsqualität handelt, offenbar nicht wie der Fall behandelt werden, wo es auf Ermittelung des wahren Gläubigers ankommt. Der erwähnte Ausspruch des Celsus ist auch keineswegs ein so ganz allgemeiner; er kann blos so verstanden werden, daß es angemessen sei, der Schuldner A. gebe dem C., dessen Geld er in der That empfangen hat, nicht aber dem B., welcher blos für den C. gehandelt hat, das Darlehn zurück. Celsus redet gar nicht von einer Bereicherung des Schuldners A., denn dieser muß ganz gewiß das Darlehn zurückgeben, entweder an den B. oder an den C.; er hat mithin keinen Vortheil von dem Streite über die Ermittelung des wahren Gläubigers. Der Grundsatz also, daß Niemand mit des Andern Nachtheil sich bereichern solle, ist nicht aus dem Fragmente zu entlehnen; und wie er überhaupt nur mit der höchsten Vorsicht angewendet werden kann, so darf in dem Falle, wo Jemand dem Andern Geld aushändigt, von einem Nachtheile des Zahlenden, der über sein Geld nach Willkühr verfügen kann, und von einer Bereicherung des Empfängers zum Nachtheile des Zahlenden, der eben freiwillig gegeben hat, nicht gesprochen werden. Eben deshalb darf denn auch einer auf Rückzahlung von Geld gerichteten Klage, zu deren Begründung nur das geschehene Zahlen des Geldes angeführt worden ist, nicht Raum gegeben werden; und noch viel weniger kann in einem solchen Falle von einem aufzuerlegenden Beweise die Rede sein. Der Kläger, welcher aus dem von ihm ausgegangenen Zahlen von Geld eine Verpflichtung des Beklagten herleiten will, muß einen speciellen Verpflichtungsgrund anzeigen und natürlich auch, wenn der Grund geleugnet wird, beweisen. Dieß ist auch die römische Theorie. Julianus in fr. 19. pr. D. de reb. credit. legt sie ganz kurz in den Worten vor: non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quoties id ipsum agitur, ut confestim obligetur, d. h. also: Nicht jede Zahlung legt dem Empfänger eine Verbindlichkeit auf; nur dann tritt dieß ein, wenn ein Geschäft der Zahlung zu Grunde liegt, aus welchem der Empfänger verbindlich werden konnte. Wird dieß angewendet auf unsern Fall, so hat der Kläger, welcher aus einem Darlehne die Rückzahlung einer Summe fordert, nicht blos das Zahlen des Geldes, sondern auch die Darlehnsqualität zu beweisen. Gesteht nun der, aus einem Darlehnsgeschäft belangte Beklagte den Empfang des Geldes zu, leugnet aber die Dar-

lehnsqualität, und fügt bei, daß ihm das Geld aus einem ganz andern Grunde, z. B. aus einer Schenkung, gezahlt worden sei, so hat er offenbar mit den ersten beiden Erklärungen auf die Klage — denn nur diese Erklärungen sind die wirkliche responsio — den Grund der Klage blos zum kleinsten Theile eingeräumt, zum größten dagegen verneint, und er hat mit dem dritten Theile eine ganz überflüssige Erläuterung seines Leugnens gegeben. Allenfalls kann diese, weil sie gewissermassen diametrisch der Behauptung des Klägers entgegensteht, ein Gegenstand des directen Gegenbeweises sein; allein nimmermehr kann unter den erwähnten Verhältnissen das Vorbringen des Beklagten, er habe das Geld nicht als Darlehn, sondern in anderer Qualität erhalten, processualisch als zerstörliche Ausflucht behandelt werden. In unserm Falle ist daher auf Beweis der Klage und, wenn über diese der Eid angetragen ist, auf Leistung dieses Eides zu erkennen, niemals aber kann, daß der Beklagte die Klage zugestanden habe, angenommen und auf Beweis des Vorbringens des Beklagten gesprochen werden [1]).

Kind vertheidigt diese letztere Art zu erkennen noch mit dem Anführen, daß eine Schenkung nicht vermuthet werde. Allein dieser Satz kann immer nur unter gewissen factischen Voraussetzungen angewendet werden, und das Gegentheil desselben nimmt eben so oft, als er selbst, in der Praxis Platz, d. h. man sollte den Satz gar nicht als einen thetischen behandeln, sondern nur von der Gestaltung des einzelnen Falls das Urtheil darüber entlehnen, ob eine Schenkung zu vermuthen sei oder nicht. Wenn Jemand dem Andern Geld giebt und weiter nichts thut, als daß er ihn bittet, das Geld in Empfang zu nehmen, so sollte man meinen, daß zu der Vermuthung einer von ihm beabsichtigten Schenkung hinreichender Grund vorhanden sei, und darum dürfte in unserm Falle die Vermuthung einer Schenkung doch nicht so ganz aus dem Auge zu setzen sein. Aber müßte sie auch bei Seite gesetzt werden, so darf dieß doch nicht eben so der Fall sein mit einer zweiten Vermuthung, welche eben so kräftig, wie jene, dafür spricht, daß dem Kläger der Beweis aufzuerlegen sei. Sie ent-

1) Knappe, Versuch einer Entwickelung des Begriffs der Exceptionen, München 1835, entscheidet §. 41. einen beispielweise formirten Fall zwar kurz, aber richtig; und auch Kori, Theorie des sächs. bürg. Proc. §. 87. scheint die richtige Ansicht zu vertheidigen.

wickelt sich ebenfalls aus dem vorher Erörterten. Wenn nämlich die Zahlung von Geld an sich noch nicht eine Verbindlichkeit begründet, so muß folgerecht von jeder Geldzahlung vermuthet werden, daß mit ihr eine Verbindlichkeit gelöst werden soll. Wer Geld gezahlt hat, hat dieses präsumtiv bezahlt, er ist präsumtiv Schuldner gewesen, und nicht etwa blos aus einer Schenkung, sondern im Allgemeinen: präsumtiv Schuldner. Will er der von ihm bewirkten Zahlung einen andern Character, als den der Verbindlichkeitslösung beigelegt, will er die ihm entgegenstehende Vermuthung seiner Eigenschaft als Schuldner beseitigt wissen, so muß er hierzu geeignete Thatsachen behaupten und — nicht blos behaupten, sondern auch, wie überall der, welchem eine Vermuthung entgegentritt, beweisen. Kind ist bei Erörterung unseres Falles gar nicht auf diesen Gesichtspunkt gekommen. Noch viel weniger ist dieß der Fall bei v. Hartitzsch, welcher in den Entscheidungen practischer Rechtsfragen p. 96. f. den Fall auch behandelt unter der Rubrik: Der Schuldner, welcher den Empfang des Geldes einräumt, aber einen andern Rechtstitel excipirt, ist letztern zu beweisen schuldig. Die Anschauung des Falles ist von ihm höchst flüchtig geschehen. Er hat nur die von Kind gegebenen Gründe angedeutet, und was sein Eigen ist, besteht in der unpassenden Aufschrift, nach welcher er offenbar den Empfang von Geld für einen Rechtstitel erklärt und in dem, den Stempel der Flüchtigkeit an sich tragenden Ausspruche, daß in unserm Falle der Beklagte des Grundes der Klage für geständig zu achten sei. Wäre der Beklagte des Grundes der Klage für geständig zu achten, wäre also — denn nur im Falle der Contumaz bedient sich die Formularjurisprudenz dieser Wendung — confessio ficta vorhanden, so könnte nach der bekannten Regel: contumax non excipit gar nicht auf den Beweis einer Exception gekommen werden.

Noch wird unser Fall behandelt von Beck, Anleitung zum Referiren und Decretiren, Leipzig 1839. §. 46. not.2. p. 93. f. Hier heißt es nämlich, daß es hart sein würde, unter allen Umständen bei der Regel: negans jurejurando delato et acceptato non excipit stehen zu bleiben. Wenn z. B. die Klage auf Erstattung eines Darlehnes oder Vorschusses, auf Rückgabe eines Depositums gehe, und es leugne der Beklagte schlechthin, so entscheide allein der angetragene Eid; leugne aber der Beklagte blos

die, von dem Kläger angegebene Qualität, indem er den Empfang des Geldes, die Uebergabe der Sache zugestehe, und substituire er (sic) ein anderes Geschäft, wodurch das Geld, die Sache auf ihn übergegangen sein soll, so scheine es angemessen, auf Leistung des Eides über die Klage und zugleich auf den Beweis des Vorbringens des Beklagten zu erkennen, da man außerdem die Processe auf höchst unnütze Weise häufe und erschwere, und entweder dem Kläger durch eine condictio sine causa oder nach Befinden (durch) eine Eigenthumsklage, den Beklagten doch zu der Angabe und (zu) dem Beweise seines bereits angeführten Titels zu nöthigen, gestatte, oder dem Kläger factisch jede Möglichkeit, zu dem Seinigen zu gelangen, abschneide, oder von ihm den Beweis einer Negative fordere. Auch dieser Schriftsteller, dessen eigne Worte vorstehend angegeben sind, hat nach diesen die gegenwärtig erörterten Gesichtspunkte übergangen. Er bringt dagegen andere proceßrechtliche Gründe und auch einen proceßpolitischen. Nun hat er zwar diese sämmtlichen Gründe auf eine Weise zusammengestellt, daß wir das Bindemittel genau zu erkennen nicht vermögen. Allein es wird nichts desto weniger doch thunlich sein, die einzelnen Gründe näher zu prüfen. Zuerst die proceßrechtlichen. Weder die condictio sine causa kann bestehen, ohne daß der Kläger solche Umstände behauptet hätte, aus welchen sich ergiebt, daß Beklagter vom Anfange an kein Recht gehabt, das ihm Gegebene zu behalten, oder daß der Grund, aus welchem es auf ihn übertragen worden, in der Folge weggefallen; noch auch kann eine Eigenthumsklage ohne Beziehung auf das Eigenthum, oder wenigstens auf den Publicianischen Besitz gedacht werden. Kein Processualist hat bis jetzt behauptet, daß der Beklagte, gegen welchen die condictio sine causa oder die Eigenthumsklage angestellt worden, die praesentia causae oder sein Eigenthum vor allen Dingen behaupten und beweisen müsse, also — allgemeiner gesprochen — daß der Beklagte früher, als der Kläger, zu beweisen schuldig sei, der Kläger mithin, und zwar blos darum, weil er prävenirt hat, eine Vermuthung der Rechtmäßigkeit seiner Behauptung für sich habe. Es muß erst gefragt werden, ob der Kläger beweisen könne, ehe man zu dem Beweise des Beklagten gelangt; und hat der Kläger keinen Beweis geliefert, gleich viel ob deshalb, weil er seinen Beweissatz (seinen Klagsatz) nicht richtig aufgefaßt hat, oder aus was sonst für einem Grunde, so kann

Niemand sagen, daß der Richter ihm die factische Möglichkeit abschneide, zu dem Seinigen zu gelangen. Hat zudem der Beklagte das Darlehn abgeschworen, so ist der Kläger durchaus nicht behindert, dasselbe Object aus einem andern Grunde nochmals zu fordern; es kann mithin nicht gesagt werden, daß durch das nackt auf Leistung des Eides gesprochene Erkenntniß dem Kläger die Möglichkeit, zu dem Seinen zu gelangen, abgeschnitten werde. Noch viel weniger aber folgt aus einem solchen Erkenntniße die Nothwendigkeit, daß der Kläger seine zweite Klage in einer Negative fundiren müsse. Und selbst wenn diese Nothwendigkeit vorhanden wäre, wenn der Kläger nur mit einer, in negativa fundirten Klage wiederkommen könnte, so würde doch darin kein Grund gefunden werden dürfen, in der ersten Sache nicht ausschließlich auf den Eid zu erkennen. Der Beweis der Negative, welchen der Kläger zu führen hat, — und er hat ihn zu führen, wenn er sich auf eine Negative, z. B. auf den Nichteintritt einer Beendigung, beruft — ist nicht immer mehr schwer, als der einer Affirmative, und darum allein, daß ein Beweis schwieriger zu führen sein dürfte, als ein anderer, kann das Erkenntniß auf jenen Beweis nicht umgangen werden. Nun der proceßpolitische Grund des Schriftstellers. Es ist wahr, daß durch die von Letzterm vorgeschlagene Art zu erkennen, die Processe abgekürzt werden, denn es werden mit dieser Art jedenfalls zwei Processe auf einmal beendigt. Allein eine solche vereinte Beendigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten mit einem Schlage liegt nicht überall in dem Interesse der Parteien, auf welches allein in unserm Falle es ankommt. Beck muß selbst zugestehen, daß er in dem Falle blos einen Proceß ursprünglich gehabt hat. Er zieht aber einen zweiten Proceß in den ersten hinein und entscheidet ihn, ohne daß die Parteien dieß gewollt haben, ohne daß sie über den zweiten Proceß gehörig gehört worden sind. Es läßt sich nicht einwenden, daß ja der Beklagte sein Vorbringen wirklich gemacht, und der Kläger darauf geantwortet habe; denn der Beklagte hat sein Vorbringen blos zum Zwecke der Defension gemacht, und der Kläger hat es blos zu Beseitigung der Defension beantwortet. Anders ist es, wenn der Beklagte mit seinem Vorbringen in der Eigenschaft als (erster) Kläger vortritt, wo er seine Behauptungen zu Bildung eines Angriffs mehr abgerundet, consolidirt hat, und dem jetzigen Kläger dann als Beklagtem die Verbindlichkeit

zur genausten, speciellsten, Antwort obliegt. Die Parteien sind früher, ehe dieß geschehen, nicht formrichtig gehört, sie können jederzeit verlangen, zu solchem Gehöre gelassen zu werden, und ein Richter, der hierwider handelt, beeinträchtigt die Rechte der Parteien in Betreff der Form und, wie von der Beobachtung dieser auch die Aufrechthaltung des materiellen Rechts abhängt, zugleich in Betreff dieses. Beck scheint sonach seine Proceßpolitik weniger richtig verstanden zu haben: seine Entscheidung enthält eine Vernichtung der Rechte der Parteien, und nicht blos dieser, sondern auch des Grundsatzes: **negans jurejurando delato et acceptato non excipit.**

V.

Kann die Partei, welcher der Eid angetragen worden ist, in der Erklärung auf denselben variiren?

Derjenigen Proceßpartei, welcher über irgend eine thatsächliche Behauptung der Eid angetragen worden, (gewöhnlich der Delat genannt, opponirt dem Deferenten), steht in der Regel [1]) die Wahl offen zwischen der Annahme und der Rückgabe des Eides — welche beide Wege schon dem römischen Processe bekannt waren [2]) —, so wie zwischen der, aus der teutschen Gerichtspraxis stammenden Gewissensvertretung [3]). Die Wahl muß geschehen, nach gemeinem Recht, innerhalb der von dem Richter gesetzten Frist [4]), nach den Particularrechten, namentlich nach dem sächsischen Rechte [5]), binnen der gesetzlich geordneten Frist. Unterbleibt die Wahl, so wird gemeinrechtlich der Eid für verweigert, die Behauptung dessen, welcher den Eid angetragen hat, für zugestanden [6]), nach den Particularrechten dagegen, so auch nach dem sächsischen [7]), der Eid für angenommen erachtet. Es fragt sich nun, ob dem Delaten das Recht zustehe, bei Ausübung der ihm zukommenden Wahl zu variiren? d. h. kann der Delat die von ihm bereits abgelegte Erklärung über Annahme oder Rückgabe des Eides oder über die zu unternehmende Gewissensvertretung widerrufen und

---

1) Vergl. fr. 11. §. 3., fr. 13. D. de rerum amotar. act (XXV. 2.), c. ult. C. de fideicomm. (VI. 42.)

2) Heffter, Institut. des Civilproc. p. 198.

3) Glück, Pand. Comm. Th. XII. §. 804. p. 327 f., Heffter, a. a. O. p. 199.

4) Glück, a. a. O. §. 801. p. 299. Barth, Beiträge zur Lehre von dem Haupteide, Augsburg 1833. §. 19.

5) S. die E. P. O. XVIII. 1.

6) Barth, a. a. O. Heffter, a. a. O. p. 198.

7) E. P. O. XVIII. 1.

eine andere Erklärung an die Stelle der frühern setzen, z. B. den vorher von ihm angenommenen Eid zurückgeben, so lange jene richterlich oder gesetzlich zu Ausübung der Wahl bestimmte Frist noch nicht abgelaufen ist? kann er dieß, auch ohnerachtet eines Widerspruchs von Seiten des Deferenten? Blos in dieser Weise gefaßt, unterliegt die Frage einigen Zweifeln. Denn nach Verlauf der Wahlfrist ist keine Variation in der Wahl denkbar, weil die Frist peremtorischer Art ist, also die Nichtvornahme dessen, was hätte geschehen sollen und auch können, contumacielle Folgen haben muß. Auch steht es fest, sowohl gemeinrechtlich, als particularrechtlich, daß nach Leistung des angetragenen oder zurückgegebenen Eides nicht noch in anderer Weise auf den Eid zurückgekommen werden kann [8]), und nach neuerm sächsischen Rechte findet dasselbe statt bei verfehlter Gewissensvertretung [9]), wohingegen das gemeine Recht in solchem Falle dem Delaten noch die Wahl zwischen der Annahme und Rückgabe des Eides zugesteht [10]).

Die Lehrer des gemeinen, wie die des sächsischen Processes behandeln die aufgeworfene Frage keineswegs in ihrer Allgemeinheit; allein sie erklären, daß der Delat, wenn er den angetragenen Eid einmal angenommen hat, von der Acceptation nicht wieder zurücktreten und den Eid zurückgeben oder sich zu der Gewissensvertretung erbieten kann [11]), und sie scheinen sonach dem Delaten das Variationsrecht nicht zugestehen zu wollen. Sie berufen sich insgesammt zu Rechtfertigung ihrer Ansicht auf die angeblich vorwaltende Natur des acceptirten Eidesantrags als eines Vergleichs, und in der That würde hierin allein die Recht-

---

8) Heffter, a. a. O. p. 200. Barth, a. a. O. §. 21. Biener, syst. proc. jud. §. 112.

9) E. P. O. XIX. §. 1.

10) Glück, a. a. O. §. 801. p. 300. §. 804. p. 334. sub c. Linde, Lehrbuch des teutschen gem. Civilpr. §. 308. Martin, Lehrbuch des gem. teutschen bürg. Proc. §. 228. Barth, a. a. O. §. 19. Nach der A. P. O. XIX. 2. gilt dasselbe; sie verweist ausdrücklich auf den gemeinen Gerichtsbrauch: „vermöge gemeiner Praktiken dieser Lande."

11) Glück, a. a. O. §. 802. 803. p. 300 f. 326 b. Barth, a. a. O. §. 20. Linde, a. a. O. §. 306. Gönner, Handbuch des gemeinen teutschen Civilpr. Th. II. Abh. 49. §. 5. p. 307. Martin, a. a. O. §. 226. Biener, l. l. §. 102. not. 2. Pfotenhauer, doct. proc. jud. ed. Diedemann, §. 158. Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Proc. §. 90. Nur Bayer, Vorträge über den gem. ordentl. Civilpr. p. 400 spricht sich ganz kurz, und zwar auf den Grund der Rechtsgleichheit der Parteien, für das Variationsrecht aus.

fertigung der Ansicht gefunden werden können [12]), wenn der angeführte Grund in Wahrheit beruhte. Allein dem ist nicht so. Es läßt sich nicht nachweisen, daß die Eidesdelation im Processe zumeist oder auch zu irgend einem Theile als Vergleich behandelt werden müsse. Vielmehr ist sie — oder besser die Gegenpartei, welcher der Eid angetragen wird [13]) — durchaus als Beweismittel anzusehen. Zwar haben Just. Henning. Boehmer, in diss. de probatione per delationem jurisj. Halae 1743 und Gönner, a. a. O. Th. II. Abh. 49. §. 4 ff. und andere mehr (vergl. Malblank, doctrina de jurej., zuletzt Tubing. 1820 §. 41. 46., Archiv für civil. Praxis Bd. II. p. 32.) solches schon überzeugend dargethan, wie denn auch Glück, a. a. O. §. 800. nachgewiesen hat, daß der Eidesantrag nicht blos ein subsidiäres Beweismittel sei, vielmehr promiscue mit andern Beweismitteln gebraucht werden könne. Doch ist eine kurze Uebersicht des Streites hier nöthig. Man sagt, das römische Recht behandele die Eidesdelation im Processe als Vergleich, eben deshalb werde dem Delaten, wenn er den Eid angenommen, die Rückgabe des Eides nicht gestattet, und eben deshalb sei auch die allgemeine Dispositionsfähigkeit erforderlich, um den Eid in dem Processe antragen zu können. Man beruft sich auf fr. 2. 17. pr. §. 1., fr. 35. §. 1. D. de jurej. (XII. 2.) Allein die in fr. 17. §. 1., fr. 35. §. 1. verlangte Dispositionsfähigkeit wird in der Regel zu allen außerhalb und innerhalb eines Processes vorzunehmenden Handlungen erfordert, und es liegt mithin in diesem Erfordernisse kein Beweis für die Vergleichsqualität des Eidesantrags. In dem fr. 2. und 17. pr. aber — zwei Stellen aus dem 18. Buche des Commentars des Paulus zu dem Edicte — wird, wie in fr. 17. pr. ausdrücklich gesagt ist, nur von dem jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, also blos von dem jusj. extrajudiciale, gehandelt. Man hat auch noch gesagt, daß der Eidesantrag deshalb kein Beweismittel sein könne, weil jedes Beweismittel im Processe getrennt von der Person des Gegners im Processe existiren müsse. Allein dieser Grund findet nirgends in der Proceßtheorie eine Unterstützung; vielmehr ist es den Parteien völlig freigegeben, die zu Gunsten ihrer Stellung

12) Weiter unten am Ende noch von einem zweiten Grunde der Ansicht.

13) Linde, a. a. O. §. 301.

von dem Gesetze für unzulässig oder minder beweisfähig erklärten Beweismittel als classisch anzuerkennen. Namentlich kann eine Partei einen testis in propria causa, welcher gegen sie deponiren soll, pro omni exceptione majore erklären, und die Eidesdelation enthält in Wirklichkeit nichts weiter, als eine solche Erklärung. Tüchtiger sind die Gründe für die Qualität des Eidesantrags als eines Beweismittels. Der außergerichtliche Eidesantrag wird allerdings von den Römern als Vertrag angesehen; allein dieser Vertrag ist so ganz eigenthümlicher Art, daß er nicht etwa schon mit der Uebereinstimmung beider Parteien, die Entscheidung ihres Zwistes von Leistung des Eides abhängig machen zu wollen, sondern erst mit der Leistung des Eides selbst, perfect wird, so daß, wenn der angenommene Eid nachmals nicht geschworen wird, der Vertrag für gar nicht eingegangen zu erachten ist. S. fr. 5. §. 4. D. de jurej. Schon in dieser Eigenthümlichkeit des außergerichtlichen Eidesantrags muß ein hinreichender Grund gefunden werden, den Eidesantrag in dem Processe, so lange der Eid nicht geschworen ist, nicht für einen Vertrag und obenein für einen perfecten Vertrag zu halten. Ferner ist der Delat gezwungen, auf den Eidesantrag einzugehen. Zwang aber ist ein wesentliches Hinderniß der Perfectibilität jedes Vertrags, und die Bezeichnung des Eidesantrags im Processe als eines nothwendigen Vertrags oder Vergleichs [14]) ist ein civilrechtliches Unding, welches nirgends in dem gemeinen Rechte eine Bestätigung findet [15]). Wäre der Eidesantrag im Processe ein Vergleich, so dürfte dem Deferenten, sobald der Eid angenommen worden ist, die Rücknahme des Eides nicht mehr gestattet sein, und doch bestimmt das gemeine Recht [16]), mit welchem auch das neuere sächsische Recht übereinstimmt [17]), daß der Eid, selbst wenn er angenommen worden ist, in dem Falle, daß darüber ein Er-

---

14) Barth, a. a. O. §. 6.

15) Das Particularrecht, namentlich das sächsische (s. Banker. Mand. v. 1766. §. 17. und das Mand. v. 5. Juni 1726) kennt zwar in dem Concurse der Gläubiger einen nothwendigen Vergleich oder vielmehr Nachlaßvertrag. Allein das ist eine ausdrückliche Bestimmung, die zwar auf die singulären Vorschriften in fr. 7. §. 17. 18. 19., fr. 8. 9. 10. D. de pactis (II. 14.), fr. 58. §. 1. D. mandati (XVII. 1.) gebaut ist, darin jedoch, wie längst nachgewiesen worden, keine Begründung findet.

16) c. 11. C. de reb. credit. et jurej. (IV. 1.)

17) Biener, l. l. §. 104.

kenntniß gegeben ist, bis zur Rechtskraft des Erkenntnisses, und in jedem andern Falle bis zur wirklichen Ableistung zurückgenommen werden kann. Bei dem außergerichtlichen Eidesantrage kommt es nicht auf den Inhalt des Eides und auf dessen Zusammenhang mit dem Streite, sondern nur auf den Vertrag an, der Eid kann über irrelevante, ja impertinente, auch über notorische Thatsachen und nicht weniger über rechtliche und logische Sätze, Gedanken, Absichten ꝛc. angetragen werden. Anders ist es mit dem Eidesantrage im Processe. Bei diesem concurrirt überall das Urtheil des Richters, weil ihm durch den Eid Ueberzeugung von der Wahrheit der Behauptung des Deferenten werden soll. Probatio fit judici: ein Grundsatz, der niemals auf die durch Vergleich unternommene Beseitigung des Hauptstreites oder eines Nebenstreites angewendet werden kann. Deshalb verwirft der Richter, selbst im Falle des vollkommenen Einverständnisses der Parteien über die Zulässigkeit des Eidesantrags, den über irrelevante, impertinente, notorische Thatsachen, über Begriffe ꝛc. angetragenen Eid. Er urtheilt über dieses Beweismittel ganz auf gleiche Weise, wie über jedes andere, ja die Gesetze verlangen von ihm eine noch sorgfältigere Prüfung dieses Beweismittels, denn es sollen unnöthige Eide vermieden werden.

Ist nun der Eidesantrag im Processe wirklich ein Beweismittel, und ist es wahr, daß die Rechte der Parteien in Betreff der Beweismittel in der Regel sich völlig gleich sind, ist es ferner, wie oben bei anderer Gelegenheit gedacht ist, dem Deferenten gestattet, das Beweismittel des Eidesantrags gänzlich wieder fallen zu lassen, und dieß auch noch dann zu thun, wenn der Delat sich bereits über den Eid erklärt hat und die Frist zu dieser Erklärung schon vorüber ist, so muß noch vielmehr dem Delaten freistehen, seine frühere Erklärung über den Eidesantrag abzuändern, also dem von seinem Gegner gewählten Beweismittel eine andere, und zwar von dem Gesetze erlaubte Richtung zu geben, so lange die Frist zur Wahl zwischen den bekannten drei Wegen noch offen steht. Auch sind diejenigen Processualisten, welche nach der Annahme des Eides eine andere Erklärung in Betreff desselben für unstatthaft halten, nicht consequent. Um dieß zu beweisen, dürfen wir uns freilich nicht darauf berufen, daß ausnahmweise eine Abänderung der Erklärung über den Eidesantrag zulässig sein soll, wenn der Delat documenta noviter re-

perta bringt[18]), denn das ist eine Art der restitutio in integrum. Allein wenn die Annahme des angetragenen Eides jede andere Erklärung über den Eid unstatthaft machen soll, so darf consequenter Weise auch dem Delaten keine andere Erklärung gestattet werden, wenn er den Eid zurückgegeben, und der Deferent diesen angenommen hat, wie denn auch Biener, l. l. §. 104. exeunte in dieser Weise consequent ist. Dennoch lassen Viele die Rücknahme der Relation des Eides und die freie Wahl über die Annahme des Eides und die Gewissensvertretung zu[19]), und sie bezeichnen auf diese Weise selbst ihr System als ein nicht erschöpfendes. Andere gestatten wieder den Erben des Delaten, selbst wenn dieser den Eid angenommen hat, die freie Wahl zwischen der Rückgabe des Eides und der Gewissensvertretung[20]), ja sogar dem Delaten selbst geben sie völlig freie Wahl, wenn er von dem Deferenten an Ableistung des angenommenen Eides auf eine nicht entschuldbare Weise behindert worden ist[21]). Noch scheint das Vergleichssystem auch deshalb weniger haltbar zu sein, weil nach gemeinem Rechte (s. o.) ohne allen Widerspruch von der verfehlten Gewissensrührung noch auf die Annahme und Rückgabe des Eides zurückgegangen, also sogar nach Rücklegung des einen gewählten Wegs von dem Delaten noch der zweite oder dritte eingeschlagen werden kann. Doch ist hierauf, wenn wir blos das gemeine und das mit ihm übereinstimmende ältere sächsische Recht (s. o. not. 10.) vor Augen haben, ein nicht großes Gewicht zu legen, da die bewerthesten Rechtslehrer des gemeinen Rechts[22]) die Gewissensvertretung als einen die Beweisführung durch den Eidesantrag suspendirenden Präjudicialpunkt ansehen und deshalb auch die Gewissensvertretung für eine probatio erklären, wider welche eine reprobatio dem Deferenten gestattet sein müsse. Dahingegen ist es für das neuere sächsische Recht entscheidend, daß nach der E. P. O. XIX. 1. 2. (s. o. not. 9.) von der verfehlten Gewissensvertretung nicht auf die Annahme

---

18) Glück, a. a. O. §. 802. sub 1. Linde, a. a. O. §. 306.

19) Glück, a. a. O. §. 803. a. E. Linde, a. a. O. §. 307. a. E.

20) Pfeiffer, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Bd. I. nr. 12. v. Lindeloff, im Archive für civilist. Praxis, Bd. IV. p. 435.

21) Linde, a. a. O. §. 311.

22) Glück, a. a. O. §. 804. Gönner, a. a. O. Th. II. Abh. 48. Martin, a. a. O. §. 228. Bayer, a. a. O. p. 397 f.

oder Rückgabe des Eides zurückgegangen werden kann, und ein Gegenbeweis wider die Gewissensvertretung nicht gestattet wird. Damit ist erklärt, nicht blos daß die Gewissensvertretung kein präjudicieller Beweis, vielmehr eine wahre reprobatio wider die auf den Eid gestellten Punkte des Gegners sei, sondern auch daß der Eidesantrag gleich wie die, zu dessen Beseitigung bei der Gewissensvertretung angewendeten Beweismittel ebenfalls nur als ein Beweismittel erachtet werden müsse.

Es ist hiernach die Behauptung, daß der Eidesantrag im Processe ein Vergleich sei, noch weniger nach dem neuern sächsischen Rechte zu vertheidigen, als nach gemeinem Rechte; und wie allein auf den Grund dieser Behauptung das Variationsrecht des Delaten in der Erklärung auf den Eidesantrag geleugnet wird, so läßt sich um so weniger in dem Geiste des sächsischen Processes eine Vertheidigung dieser Ansicht entdecken. Im Gegentheile findet sich in dem neuern sächsischen Rechte eine Bestimmung, welche unverkennbar das Variationsrecht des Delaten bestätigt. Nach §. 5. des Mandats vom 28. Nov. 1753 soll in dem Processe geringfügiger Rechtssachen die Gewissensvertretung nicht Platz greifen. Ist überhaupt ein vernünftiger Grund dieser Bestimmung denkbar, so kann er wohl blos darin gefunden werden, daß dem Delaten — welcher nicht früher, als in dem letzten Einbringen, über die Eidesdelation definitive Erklärung zu geben braucht —, wäre ihm die Gewissensvertretung gestattet, die er doch eben so mit seinem letzten Einbringen in dem ersten (und regelmäßig: einzigen) Verfahren beendigen müßte, nach dem Mißlingen der Gewissensvertretung, welches er jederzeit aus den offen vorliegenden Acten erkennen könnte, unter Verzicht auf die Gewissensvertretung, noch immer die Rückkehr auf die Annahme und Rückgabe des Eides offenstehen würde [23]). Der Gesetzgeber spricht also mit jener Bestimmung aus, daß, wie überhaupt in keinem andern Processe, so auch insbesondere nicht in dem Processe geringfügiger Rechtssachen, dem Delaten das Variationsrecht nach der bereits geschehenen Eröffnung des einen der bei

23) Haubold, Anleitung zu Behandlung geringf. Rechtssachen giebt §. 54. mit Bezug auf Griebners Discurs rc. Ausgabe von Küstner p. 26. als Grund der singulären Bestimmung an, „weil die Gewissensvertretung unter die Gattungen des förmlichen Beweises gehöre.“ Es läßt sich aber wohl nicht einsehen, weshalb sie nicht eben so in der Form der Bescheinigung, wie in der des Beweises, geführt werden könne, und Haubolds Grund scheint demnach nicht hinlänglich.

der Eidesdelation betretbaren Wege noch gestattet sein könne, und er hat damit zugleich zu erkennen gegeben, daß in jedem andern Falle dem Delaten das Variationsrecht zustehen müsse. Doch ist uns vor Kurzem ein Erkenntniß zweiter Instanz zu Gesicht gekommen, worin dem Delaten das Variationsrecht durchaus abgesprochen und als Grund hiervon angeführt wurde, daß die Erklärung, den angetragenen Eid zu acceptiren, die Verzichtleistung auf das Recht enthalte, den Eid zu referiren oder das Gewissen mit Beweis zu vertreten, so wie daß solches insonderheit von den sächsischen Gesetzen (A. P. O. XVIII. 2. XIX. 1.) anerkannt werde. Diese Rationen sind uns ungenügend erschienen, und zwar der erste Theil derselben nach dem vorstehend aus der Natur der Sache Entlehnten, der zweite Theil nicht, weil die A. P. O. XVIII. 2. auf unsere Frage gar nicht, sondern blos auf das Recht, den angetragenen Eid zurückzunehmen, sich bezieht, und, wenn auch die A. P. O. XIX. 1. am Ende sagt, „daß der, welchem der Eid deferiret, wann er denselben einmal acceptiret, mit der Beweisung ferner nicht gehöret werden soll,“ diese Bestimmung doch, wie wir oben nachgewiesen haben, auf das neue sächsische Recht, welches die Eidesdelation nur als Beweismittel behandelt, keine Anwendung finden kann.

VI.

Ueber die von einer der Proceßparteien auf nicht entschuldbare Weise herbeigeführte Behinderung der Eidesleistung.

Eine von der Leistung eines Eides, es mag dieß der freiwillige oder ein nothwendiger Eid sein, abhängig gemachte Entscheidung wird bekanntlich als eine bedingte angesehen. Die Eidesleistung ist die Bedingung, und es sind auf sie alle Rechtsgrundsätze von den Bedingungen (bei Verträgen) anzuwenden, namentlich der in fr. 24. D. de condit. et demonstrat. (XXXV. 1.), fr. 39. 161. D. de reg. juris (L. 17.), fr. 85. §. 7. D. de verbor. oblig. (XLV. 1.) ausgesprochene Grundsatz, welcher eben so von den Bedingungen bei letzten Willen, als von denen bei Verträgen gilt, daß wenn diejenige Partei, welcher die Nichtexistenz der gestellten Bedingung vortheilhaft ist, dahin dolo malo wirkt, daß die Bedingung nicht existent werden kann, diese dennoch für existirend angesehen werden muß. Bringen wir diesen Grundsatz in Bezug zu der Eidesleistung, als Bedingung eines Erkenntnisses, so fragt es sich zuerst: worin die dolose Behinderung an der Eidesleistung bestehe? und dann: welche Wirkungen eine solche Behinderung haben müsse? Nun ist wohl so viel unbestritten, daß die Handlung derjenigen Partei, welche durch Betrug oder Gewalt den Gegner, der schwören soll, an dem Erscheinen im Schwörungstermine oder an der actuellen Leistung des Eides behindert, eine dolose sei.

Außer diesen Fällen ist blos noch der denkbar, daß der Gegner dessen, welcher schwören soll, durch hartnäckigen Widerspruch die Eidesleistung zu hindern sucht. Mit dem Widerspruche ist dann ein Rechtsmittel gegen den Fortgang des Termins oder gegen eine, auf den Fortgang des Termins sich beziehende richterliche Resolution (also jedenfalls ein remedium extraordinarium)

verbunden oder nicht. Ist kein Rechtsmittel eingewendet, also die Thätigkeit des Richters nicht gehemmt, und es hebt der Richter, indem er dem Widerspruche Raum giebt, den Schwörungstermin auf, so kann dieß nicht für eine Wirkung des Widerspruchs allein angesehen werden, und noch viel weniger kann von einem dolus des Widersprechenden die Rede sein, dessen Handlung von dem, auf den Widerspruch eingehenden Richter gebilligt worden ist [1]). Wenn dagegen ein Rechtsmittel eingewendet, also der Richter in seiner Thätigkeit durch die Handlung des Widersprechenden aufgehalten wird, so ist diesem allein die Vereitelung des Schwörungstermins beizumessen, obwohl seine Handlung an sich betrachtet noch nicht eine dolose genannt werden kann. Die Einwendung eines Rechtsmittels ist in der Regel erlaubt, und zu allem Ueberflusse ist zu bemerken, daß das römische Recht in fr. 63. D. de reg. jur. ausdrücklich unterscheidet die provocatio, quae dolo malo fit, und die provocatio, quae sine dolo malo fit. Die Einwendung eines Rechtsmittels kann daher blos dann als dolos erscheinen, entweder wenn das Gesetz gar kein Rechtsmittel mehr gestattet, oder, wo die sogenannten remedia coeca nicht zulässig sind, wie in Sachsen nach dem Mand. v. 13. März 1822. §. 26. (G. S. p. 213.) Mand. v. 1. Apr. 1824. §. 4. (G. S. p. 44.) E. P. O. XXXV. 5, auch X. 4. und IV. 5., wenn kein Beschwerdegrund dem Rechtsmittel zu Grunde gelegt worden ist, und der Richter, mit Beiseitesetzung des Hauptstreites, auf den, durch die Einwendung des Rechtsmittels hervorgerufenen Incidentstreit eingehen muß, also dem remedium frivolum und coecum die Suspensivkraft nicht genommen worden ist. Denn ist sie ihm genommen [2]), so kann durch die Einwendung des Rechtsmittels an sich die Eidesleistung nicht aufgehalten werden, und die dennoch von dem Richter verfügte Aufhebung des Schwö-

---

1) Vergl. Biener, syst. proc. jud. §. 113. not. 5., Kori, Theorie des sächs. bürgerl. Proc. §. 94., Rivinus, enunc. jur. XIIX. 141.

2) In Sachsen hat eine appellatio contra terminum, welche doch jedenfalls als eine appellatio coeca anzusehen ist, nach der E. P. O. X. 4. und IV. 5. keine Suspensivkraft (vgl. Biener l. l. §. 191.), jedes andere remedium coecum aber und frivolum hat nach den Mandaten vom 13. März 1822. und 12. Apr. 1824., so wie nach dem Gesetze B. v. 28. Jan. 1835. §. 34. (G. und P. B. p. 69.) weder Suspensiv- noch auch — wenn es nemlich ein remedium devolutivum ist — Devolutivkraft. Es ist also für Sachsen, da ein Rechtsmittel gegen den Fortgang des Schwörungstermins keine Suspensivkraft hat, die so oft angefochtene C. 12. C. de reb. cred. et jurej. (IV. 1.) anerkannt.

rungstermins ist eine von diesem allein zu vertretende Handlung.

Ist nun aber auch Gewißheit darüber vorhanden, daß der Gegner dessen, welcher schwören soll, durch eine dolose Handlung den Schwörungstermin vereitelt hat, so kann man immer noch nicht sagen, daß eine dolose Behinderung an der Leistung des Eides vorliege, indem nach Beseitigung der dolosen Handlung anderweit Schwörungstermine anberaumt werden und die Eidesleistung vor sich gehen kann. Nur erst wenn dieß nicht möglich ist und die Schuld davon in der, durch den dolus des Gegners dessen, welcher schwören soll, herbeigeführten Vereitelung des ersten Termins zu suchen ist, nur dann erst kann von einer dolosen Behinderung an der Eidesleistung gesprochen werden. Dieß ist aber der Fall, und zwar einzig der Fall, alsdann, wenn der juraturus, ehe es zu einem zweiten Schwörungstermine kommt, verstirbt. Darüber sind diejenigen Processualisten, welche unsern Gegenstand sorgfältig behandelt haben [3]), völlig einig. Dagegen sind die Meinungen verschieden über die Wirkungen einer solchen dolosen Behinderung an der Eidesleistung. Jetzt finden blos noch folgende zwei Meinungen Anhänger und Vertheidiger. Nach der einen, welche Glück a. a. O. näher erörtert und Reinhardt a. a. O. gebilligt hat, soll der Eid für geleistet erachtet, und das vorher bedingt gesprochene Erkenntniß nunmehr für ein unbedingtes erachtet werden. Nach der andern, v. Lindeloff a. a. O. aufgestellten und von Linde, im Lehrbuche des gem. teutsch. Civilpr. §. 311. angenommenen Meinung soll der Eid nicht sofort für geleistet gehalten, sondern dieß erst alsdann angenommen werden, wenn die Erben dessen, welcher schwören sollte, den Eid nach dem Grade ihrer Wissenschaft geleistet haben [4]). v. Lindeloff verlangt dieß zu Beseitigung allen Verdachts, daß der Verstorbene, wenn es wirklich zu Ableistung des Eides gekommen wäre, den Eid nicht würde haben leisten können, oder — affirmativ gefaßt —

---

3) Glück, Pandect. Comm. Th. XII. §. 802. p. 314. ff. v. Lindeloff, im Archive für civil. Praxis, Bd. IV. Abh. 29. p. 431. ff., Reinhardt, Handb. des gem. teutsch. ord. Proc. Th. II. §. 263.

4) Wegen der andern Ansichten s. bei Leyser, medit. ad pand. sp. 144. med. 2. Pufendorf, obs. jur. univ. Tom. I. obs. 56. Struben rechtliche Bedenken Bd. IV. Bd. 2. Müller, prompt. jur. vox: praestatio juramenti. Malblanc, doctrina de jurej. Tab. 1820. §. 46. Bülow und Hagemann pract. Erört. Bd. III. Abh. 20.

zur Bestätigung der (von den Erben wirklich oder präsumtiv aus= gehenden) Behauptung, daß der Verstorbene den Eid mit gutem Gewissen würde haben leisten können. Wir können jedoch der Ansicht v. Lindeloffs nicht beistimmen, einmal weil mit dem Eide der Erben, wodurch diese nur ihre eigne Wissenschaft von dem zu beschwörenden Punkte darlegen sollen, noch gar kein Beweis für die Wissenschaft des Verstorbenen dargelegt wird, und dann weil nach obigem Grundsatze über die Vereitelung der Bedingung durch doloses Handeln der einen Partei die ganze Bedingung für existent anzusehen ist. Es scheint daher die von Glück erör= terte Ansicht die richtigere zu sein.

Kommen wir nun von dem bisher besprochenen gemeinen Rechte zu dem Particularrechte Sachsens, so tritt uns die Stelle des Sachsenspiegels Bch. II. Art. 11. entgegen, auf welche man insgemein zuerst sich zu beziehen pflegt, um unsere Frage zu be= antworten. Die Stelle lautet nach dem Codex Lipsiensis III. und der neusten Ausgabe des Sachsenspiegels (von Julius Weiske, Leipzig 1840.) wörtlich so:

> Ist der man gerichte zu leistene sinen eid, den her gelobet hat, zu rechter zeit, und en wil ez jener nicht oder en ist her da nicht, da man in tun sal, des eydes sal her ledic sin und der schult, da her den eid vor gelobete, ab her des gezug hat.

Diese Stelle hat man von der dolosen Vereitelung des Schwö= rungstermins verstanden, und als Beweis benutzt, daß nach sächsischem Rechte die dolose Vereitelung des Schwörungstermins schon allein, ohne den hinzutretenden Tod dessen, welcher hat schwören sollen, den Begriff gebe der dolosen Behinderung an Ableistung des Eides. Nur darin ist die Praxis verschieden ge= wesen, daß Einige die Stelle auf die, durch Betrug oder Gewalt bewirkte Zurückhaltung von der Eidesleistung beschränkt, Andere dagegen wieder sie auf alle mögliche dolose Vereitelungen des Schwörungstermins ausgedehnt haben. Es scheint jedoch die ganze Annahme unbegründet zu sein, daß die Stelle von der do= losen Vereitelung des Schwörungstermins rede. In dem gan= zen Artikel ist kein einziges Wort zu entdecken, welches von einer Behinderung an der Eidesleistung durch den Gegner des Schwö= renden verstanden werden könnte; in keiner einzigen Ausgabe des Sachsenspiegels, so viel wir deren vor uns gehabt, ist ein solches Wort zu finden. Nur Gärtner in seiner, dem neuern Sprachge=

brauche angepaßten Verteutschung des Sachsensspiegels bringt ein solches Wort in den Artikel hinein, indem er anstatt der Worte: „und en wil ez jener nicht" die Worte setzt: „und will Jener es nicht zulassen." Er giebt keinen Grund dieses Einschiebsels an. In den Codicibus wird er ihn nicht gefunden haben, denn außerdem würde er, da er sonst die Varianten genau anzeigt, ausdrücklich dieß bemerkt haben, auch würde über eine solche Abweichung irgend eine andere Ausgabe Aufschluß geben. Solcher Aufschluß findet sich aber nirgends. Die ältern Ausgaben des Sachsenspiegels haben jene Worte entweder so, wie sie in dem Codex Lipsiensis III, sich befinden oder, namentlich die Augsburger Ausgabe von 1517., so: „und wil ja yener nicht"; der lateinische Text aber lautet in dem Cod. Lips. III.:

Si reus paratus sit ad jurandum tempore et loco statuto, et actor respuerit, aut praesens non fuerit, reus liber est a sacramento et debito, si desuper testimonium habuerit,

in dem Cod. Lips. IV. dagegen:

Esset autem quis paratus ad sacramenti praestationem in tempore deputato, et receptor id (habere) renuerit vel se absentaverit, reus a debitis illis et a sacramenti praestatione sit liberatus.

Es läßt sich daher annehmen, daß Gärtner durch die Glosse verleitet worden sei, jenes Einschiebsel zu machen, wie denn auch nur die Glosse es sein mag, auf welche die Praxis gebaut ist. Diese Glosse zu unsern Worten lautet in Gärtners besserer Verteutschung so:

Das ist wider etliche Thoren, die da sagen: Man sol ihm die Finger von den Heiligen, darauf er schwören wil, abziehen. Dann wie dieser seinen gebotten eyd alsdann durch sein mißsprechen verlieren würde, also verwirkete jener, der ihm die Finger abzöge, damit seinen Hals, dann er dadurch den Frieden bricht in gehegten Dinge.

Nun ist wohl nicht zu verkennen, daß die Glosse von einer an dem Schwörenden durch dessen Gegner bei dem Beginne des Schwuracts verübten Gewalt spricht; allein sie faßt diese Gewalt nicht von der civilrechtlichen Seite auf, sie sagt nicht, welche processualische Folgen sie habe, und nicht, wie sie, um diese Folgen hervorzubringen, beschaffen, wie weit also der Gewaltübende gegangen sein müsse, vielmehr handelt sie blos von den criminal-

rechtlichen Wirkungen einer an dem Schwörenden unternommenen Gewalt. Wahrscheinlicher ist daher, daß der Glossator unsere Stelle benutzt hat, um den Laien in dem Criminalrechte (etliche Thoren) zu sagen, daß jede an dem Schwörenden bei der Eidesleistung unternommene Gewalt, insbesondere das Abziehen der Finger des Schwörenden von den Evangelien, auf welche er sie gelegt, als ein Friedensbruch anzusehen und mit dem Tode zu bestrafen sei. Die Glosse steht sonach in gar keinem Zusammenhange mit dem Inhalte des Artikels, was nicht Wunder nehmen darf, da bekanntlich die Glossatoren zu dem Sachsenspiegel den Text vielfach, um ihre Gelehrsamkeit und Belesenheit glänzen zu lassen, benutzt und deshalb häufig Gegenstände, von denen der Text kein Wort enthält, in der Glosse besprochen haben [5]). Um also den Artikel zu verstehen, müssen wir uns allein an den Text halten. Nach diesem soll der Eid für geleistet erachtet werden, wenn der, welcher ihn leisten soll, dazu sich erbietet, und der Gegner es oder ihn nicht haben will, si actor respuerit, id renuerit, id habere renuerit. Sicher wird diesen Worten (die Worte: respuere, renuere werden überall nur angewendet auf Etwas, so uns aufgedrungen werden soll) kein Zwang angethan, wenn man sie von dem Erlasse des Eides versteht, und dieß um so weniger, als der Fall des Erlasses des Eides in enger Verwandtschaft steht mit dem andern, in dem Artikel ganz auf gleiche Weise behandelten Falle, nemlich mit dem, von dem Gegner des zum Eide Verpflichteten durch sein Außenbleiben verhangenen Ungehorsame. Wir finden daher in dem Sachsenspiegel keinen Anhalt zu der Meinung, daß das sächsische Recht von dem gemeinen abweiche. Allein wir finden auch sonst nicht in dem sächsischen Processe einen solchen Anhalt. Man bezieht sich nemlich noch auf die A. P. O. XIIX. 6. a. E. und auf Berger, electa discept. forens. ad hunc tit. obs. 11. Die hierher gezogenen Schlußworte der A. P. O. a. a. O. handeln jedoch davon, daß wenn derjenige, welcher den Eid angetragen und den Gefährdeeid zu schwören hat, im Schwörungstermine nicht erscheint oder den Gefährdeeid zu leisten sich weigert, nicht blos der Gefährdeeid für nicht geschworen, sondern auch der Haupteid für geleistet erachtet

5) Gärtner, in dem Vorberichte zu seiner Ausgabe des Sachsenspiegels §. 13.

werden soll; und Berger a. a. O. setzt auseinander, daß diese Bestimmung, in so weit darin von den Folgen des Außenbleibens im Schwörungstermine Seiten des Gegners dessen, welcher schwören soll, gehandelt wird, auch auf den Fall eines zu leistenden nothwendigen Eides angewendet werden müsse. Beide Autoritäten beziehen sich also auf einen Ungehorsam [6]) und dessen Folgen, keineswegs aber auf eine dolose Behinderung an Leistung des Eides.

Das Resultat des bisher Erörterten wird nun folgendes sein. Nach gemeinem Rechte ist nur dann eine dolose Behinderung an der Eidesleistung Seiten des Gegners dessen vorhanden, welcher schwören soll, wenn durch Betrug oder Gewalt oder durch die Einwendung eines (gemeinrechtlich der Suspensivkraft keineswegs entbehrenden) remedii coeci oder frivoli die Abhaltung des Schwörungstermins vereitelt worden, und derjenige, welcher schwören sollte, vor dem Eintritte des anderweit anzuberaumen gewesenen Schwörungstermins verstorben ist. Eine solche Behinderung hat zur Folge, daß der Eid für geschworen erachtet werden muß, auch ohne daß die Erben dessen, welcher den Eid zu leisten hatte, zu eidlicher Angabe ihrer eignen Wissenschaft über das zu beschwören gewesene Sachverhältniß verpflichtet wären.

In Sachsen müßte dasselbe angewendet werden, (wie denn auch Biener, l. l. §. 111. not. 9. §. 171. obs. dem gemeinen Rechte zu huldigen scheint, ohne auf den Sachsenspiegel sich zu berufen, wie die übrigen sächsischen Processualisten thun), wenn den remediis coecis und frivolis, insbesondere den blos gegen den Fortgang eines Termins eingewendeten Rechtsmitteln, nicht alle Suspensivkraft genommen, also der Richter nicht zu Abhaltung des Schwörungstermins, hätte auch der Gegner dessen, welcher schwören soll, ein Rechtsmittel gedachter Art eingelegt, angewiesen wäre, wie dieß schon oben not. 2. bei anderer Gelegenheit gezeigt worden. In Sachsen kann daher die Einwendung eines remedii coeci oder frivoli niemals als dolose Behinderung an der Eidesleistung angesehen werden, und wir vermögen nicht die von Kori in den practischen Erörterungen Th. III. Abh. 20.

6) Und zwar auf einen Ungehorsam, welcher nach den Bestimmungen der beiden Gesetze vom 10. Febr. 1838. (G. u. V. B. p. 73. f.) jetzt nicht mehr in Sachsen vorkommen kann.

und von Hartitzsch in den Entscheidungen practischer Rechtsfragen, dec. 143. blos mit Berufung auf den Sachsenspiegel Bch. II. art. 11., A. P. O. XIIX. 6., Berger, l. l. vertheidigte entgegengesetzte Meinung zu unterschreiben.

So viel von der, durch den Gegner dessen, welcher einen Eid leisten soll, bewirkten dolosen Behinderung der Eidesleistung. Es fragt sich nun noch um die Behinderuug der Eidesleistung durch denjenigen selbst, welcher zu schwören schuldig war. Da Niemand einen dolus an sich selbst begehen, mithin auch derjenige, welcher einen Eid hat leisten sollen, mit dem, denkbarer Weise zu stellenden Vorbringen, daß er durch seine eigne dolose Handlung an der Eidesleistung behindert worden sei, nicht gehört werden, und zu Erlangung eines Vortheils aus der Nichtleistung des Eides auf seinen dolus sich nicht berufen kann, so folgt hieraus, daß die bisher erörterten Grundsätze auf unsern zweiten Fall unanwendbar sind, wiewohl Reinhardt, a. a. O. §. 263. a. E. und not. 4. sie ex converso angewendet wissen will. Vielmehr müssen wir uns hier lediglich an den Begriff der mora halten, d. in dem Processe contumacia genannt wird, und an den, schon im Allgemeinen geltenden Grundsatz: unicuique sua mora nocet. Wer die Abschwörung eines ihm obliegenden Eides muthwillig verzögert, ist entweder gebührend zur Leistung des Eides geladen oder nicht. Jenes Falls ist contumacia vorhanden, die bekanntlich eben so gut durch Nichthandeln, als durch Nichterscheinen verhangen wird [7]), und es treten die Folgen der contumacia ein. In diesem Falle dagegen, wo es an den besondern Voraussetzungen der processualischen mora gebricht, kann von einer contumacia nicht die Rede sein. In lite nemo nisi rite jussus agere compellitur.

7) Vgl. fr. 52. D. de reg. jur.

VII.

Sollte wirklich der Eidesantrag zu Bescheinigung der Diffamation unzulässig sein?

Die Lehrer des gemeinen und sächsischen Processes nehmen fast allgemein an, daß zu Bescheinigung einer Diffamation wohl andere Beweismittel, nur nicht der Eidesantrag, angewendet werden können. Vgl. Glück, Pandectencomm. Th. VI. §. 533.[a] not. 75, p. 491. und die dort citirten mehrern Schriftsteller, Schweitzer über den Provocationspr. Leipzig 1806. p. 121. f., und die daselbst not. 17. citirten Schriftsteller, Linde, Lehrb. des teutsch. gem. Civilprocesses §. 337. not. 5., Rivinus, ennunc. jur. I. 20., Kori, Theorie der Sächs. summ. Proc. §. 140. sub. 5., Biener, syst. proc. jud. §. 301. not. 6. Nur Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summ. Processe §. 383. und Koehnen, in comm. ad c. 5. C. de ingen. manum. cap. V. §. 13. lassen den Eidesantrag zu. Eine nochmalige Prüfung des Streites kann nach dem heutigen Stande der Proceßpraxis nicht ohne Nutzen sein.

Es ist nicht in der Natur des Diffamationsprocesses begründet, daß der Eidesantrag ein hier unzulässiges Beweismittel sei; es werden dieß selbst diejenigen zugestehen müssen, welche promptissimam demonstrationem fordern, da der Eidesantrag, wie Gönner im Handbuche des gemeinen Civilpr. Bd. II. Abh. 51. p. 527. ff. nachgewiesen hat, ein fast eben so promptes, liquides Beweismittel ist, wie die Urkunden. Die Vertheidiger der Meinung, daß der Eidesantrag zur Bescheinigung der Diffamation untauglich sei, berufen sich daher auch ausschließlich auf positive Bestimmungen. Zunächst auf die Kamm. Ger. Ordn. v. J. 1555. Th. II. Tit. 25., wo es heißt:

Daß auch Cammerrichter, ehe und zuvor sie sollich Proceß erkennen, der Diffamation halben, durch schriftlich oder andere glaublich urkundt und anzeig, informirt und bericht sein; womit zu vergleichen der Jüngste Reichsabsch. §. 83. und 79., die beinahe wörtlich mit der K. G. O. übereinstimmen. Dann auf die A. P. O. I. 4., wo gesagt ist:

Also soll man auch ex l. diffamari keinen Proceß decerniren, es habe denn zuvor der Kläger gebührlichen Schein der vermeinten Diffamation seiner supplicatio pro decernenda citatione beigelegt.

Endlich auf die C. P. O. V. 5., wo diese Stelle dahin erläutert wird,

daß vor Eröffnung des Diffamationsprocesses Diffamat entweder von den Documenten, wodurch er die angegebene Diffamation zu bescheinigen vermeinet, gerichtlich vidimirte Abschriften oder wenigstens eines gerichtlich abgehörten Zeugens eidliche Aussage der Provocation beilegen und sodann ferner in termino, da Diffamant angeregter Diffamation nicht geständig wäre, mit Production derer Originalien gefaßt sein oder da er noch ein eidlich Zeugniß zu Ergänzung des Beweises zu denen Acten zu bringen nicht vermöchte, in supplementum schwören — solle.

Man sagt nun: Nach diesen im Ganzen mit einander übereinstimmenden Gesetzen soll die Bescheinigung der Diffamation alsbald der Provocation beigefügt werden. Dieß zu bewirken, ist aber mit dem Eidesantrage gar nicht thunlich, denn die Eidesleistung kommt erst im Termine zur Sprache. Deshalb dürfe der Provocant des Eidesantrags sich nicht bedienen. In der That muß auch zugestanden werden, daß nach den Worten der K. G. O., das J. R. A. und der A. P. O. erfordert zu werden scheint, daß der Provocation eine vollständige Bescheinigung der Diffamation alsbald beigefügt werde. Allein die Praxis, welche die Härte dieser Bestimmung erkannte und sie den Verhältnissen im Leben nicht für ganz angemessen erachtete, verstand sie nur von einer vorläufigen Bescheinigung, und sie fand hierzu ohne Zweifel einen gar nicht unsichern Anhalt in jenen Gesetzen selbst, welche nicht etwa blos solche Urkunden, die der Recognition nicht unterworfen sind, zur Bescheinigung der Diffamation zulassen, folglich auch Privaturkunden admittiren, welche weil sie

noch diffitirt werden können, für eine promptissima demonstratio keineswegs zu erachten sind. Wernher, in obs. p. I. obs. 228. bestätigt, daß die Beifügung gewöhnlicher Abschriften zu Ausbringung einer Ladung auf die Provocation für genügend erachtet worden sei, und die E. P. O. a. a. O. hat die Annahme der Praxis, daß der Provocation blos eine aliqualis demonstratio diffamationis beizufügen sei, sanctionirt. Einmal nemlich bestimmt sie, daß, wenn die Diffamation mit Urkunden bescheinigt werden solle, der Provocation blos beglaubte Abschriften beizulegen seien, eine Festsetzung die — wenn sie auch auf den Fall einer Bescheinigung durch nicht recognoscirte Privaturkunden bezogen werden soll, wie sie nothwendig darauf bezogen werden muß, da die Bescheinigung durch Privaturkunden nirgends ausdrücklich verboten ist und in der Praxis (vergl. Schweitzer a. a. O. p. 121.) täglich vorkommt — nicht viel mehr Werth hat, als die Zulassung gewöhnlicher Abschriften zur vorläufigen Bescheinigung der Diffamation, weil dem Richter, welcher eine nicht recognoscirte Privaturkunde vidimirt, gar keine Garantie für die Authenticität der Urkunde gegeben wird, die er auf die Copie übertragen soll, mithin die Beglaubigung einer nicht recognoscirten Privaturkunde in Wirklichkeit nichts Anderes sein kann, als das Zeugniß, daß die Copie bei Gericht producirt worden sei, nun aber ein solches Zeugniß, wenn der Provocation die Copie beigelegt ist, diese also actenkundig wird, als ganz überflüssig erscheint. Dann setzt die E. P. O. fest, daß noch im Termine Zeugendepositionen beigebracht werden können, also, da es gleich ist, ob die Zeugen von dem Richter des Diffamationsprocesses oder von einem andern abgehört werden, daß noch im Termine der Antrag auf Zeugenabhörung zu Bescheinigung der Diffamation zulässig sei. Endlich läßt sie die Ergänzung der Bescheinigung der Diffamation sogar durch das Erkenntniß selbst zu, indem sie dem Erfüllungseide Raum giebt und auf diese Weise eine unter der Bedingung, daß die Diffamation besser, als geschehen, bescheinigt werde (nemlich durch den Erfüllungseid), ausgesprochene Verurtheilung des Diffamaten für statthaft erklärt.

So dürfte es nach gemeinem Rechte und mehr noch nach dem sächsischen nicht füglich zu bestreiten sein, daß die Bescheinigung der Diffamation hauptsächlich erst in dem Termine geführt werden könne. Kori a. a. O. bestätigt dieß in so fern, als

er die Bescheinigung bis zur Inrotulation der Acten zuläßt. Und wirklich bestätigt Kori nur das, was die Praxis lehrt. Diese hat so wenig Gewicht auf die vorläufige Bescheinigung der Diffamation gelegt, daß der Richter, wenn auch nur die Abschrift einer nicht recognoscirten Privaturkunde, z. B. eines Briefes, der Provocation beigelegt oder nur auf Abhörung von Zeugen über beigefügte Punkte gebeten worden, unbedenklich auf die Provocation gefügt hat, ohne zuvor eine Beglaubigung der Urkunden zu verlangen oder mit Abhörung der Zeugen zu verfahren, wie dieß jedem einigermaßen mit der Praxis Vertrauten vorgekommen sein wird. Bei diesem Stande des Proceßlebens sollte zu Bescheinigung der Diffamation die Eidesdelation unbedenklich zugelassen werden, und zwar um so mehr, als man, wie Kori a. a. O. bezeugt, dem Provocaten den Eidesantrag über zulässige Einreden zugesteht, und, um die Gleichheit der Parteirechte aufrecht zu erhalten, auch dem Provocanten die Eidesdelation einräumen muß. Die Eidesdelation zu Bescheinigung der Diffamation hält den Provocationsproceß keineswegs länger auf, als ein anderes Beweismittel. Denn wie zur Diffession der Urkunden, zur Abhörung der Zeugen ein neuer Termin anberaumt werden kann, so ist der Proceß, wenn der Eid angenommen oder zurückgegeben ist, mit einem zweiten Termine ebenfalls zu Ende, und wie der Provocant eine Gegenbescheinigung führen kann (vgl. Kori a. a. O.), so nimmt die Gewissensvertretung, welche er etwa wählt, auch nicht mehr Zeit in Anspruch, als jene. Dazu kommt, daß die Annahme, der Eidesantrag sei zu Bescheinigung der Diffamation unzulässig, unverkennbar eine Verweigerung der Rechtshilfe enthält. Die Diffamationen geschehen, wie die Practiker wissen, am häufigsten unter vier Augen, ohne Beisein von Zeugen, und am Seltensten werden in Urkunden Diffamationen ausgesprochen. In den Fällen also, wo Urkunden und Zeugen fehlen, in den gewöhnlichen Fällen der Diffamation also, wird eine Bescheinigung der Letztern gerade hin verweigert, und doch kann aus einer solchen Verweigerung dem Diffamaten die größte Gefahr erwachsen. Um diese Gefahr darzuthun, brauchen wir blos anzunehmen, daß A. gegen den B., sowohl diesem selbst gegenüber, als auch Angesichts seiner nahen Anverwandten C. D. E. F., die zu einem Zeugniß wider ihn nicht gezwungen werden können, eines Anspruchs mündlich sich

gerühmt hat, welchen er vielleicht, weil er der Diffamation ohnerachtet doch von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugt gewesen, nicht geltend gemacht haben würde, daß aber nach dessen Tode die, vielleicht entfernten Testamentserben den Anspruch klagbar machen, und unter solchen günstigen Verhältnissen jener mit C. D. E. F. bezeichneten Personen, die nunmehr nicht weiter als unzulässige Zeugen erscheinen, als Zeugen sich bedienen, daß sie zu einem Erfüllungseide gelangen, welchen sie im Vertrauen auf die Redlichkeit ihres Erblassers unbedenklich schwören. Es spricht daher auch die Proceßpolitik für die Zulassung des Eidesantrags, um die Diffamation zu bescheinigen.

Schweitzer sagt noch a. a. O. p. 122., es könne in Sachsen die Diffamation durch den Eid auch deshalb nicht bescheinigt werden, weil die Diffamation meistentheils eine Injurie enthalte, und über Injurien nach dem Rescr. v. 4. Nov. 1715. (C. A. C. I. p. 1842.) der Eid nicht angetragen werden dürfe. Dem ist jedoch entgegenzusetzen, daß, wenn auch die Diffamation möglicherweise eine Injurie enthalten kann, dennoch diese Eigenschaft der Diffamation niemals im Provocationsprocesse zur Erörterung kommt, mithin auch von einer Bescheinigung der Diffamation, welche nachmals ohne Weiteres zum Nachweise der Injurie gebraucht werden könnte, im Diffamationsprocesse niemals die Rede ist.

VIII.

Kann die provocatio ex lege: diffamari gegen den Besitzer der in Frage befangenen Sache erhoben werden?

Es kommt die Frage, welche natürlich voraussetzt, daß der Besitzstand in Gewißheit beruhe, nicht selten in der Praxis vor, und sie wird gewöhnlich unter Beziehung auf den Grundsatz, daß der Besitz vom Beweise befreie, ganz im Allgemeinen verneint. Damit ist jedoch die Sache nicht abgethan, und wir halten um so mehr eine genauere Erörterung der Frage für nicht überflüssig, als die, sie berührenden Schriftsteller entweder blos einzelne Fälle behandeln, wie dieß von Kind, quaest. for. Tom. III. c. 19. und von den, daselbst not. d. angezogenen ältern Schriftstellern, von Kori, Theorie des sächs. summ. bürgerl. Proc. §. 137. p. 256., von Glück, Pand. Comm. Th. VI. §. 533ª p. 490. f. und neuerdings, obwohl unter einer allgemeinen Rubrik in v. Hartitzsch Entscheidungen pract. Rechtsfragen, dec. 330. geschehen ist; oder wenigstens, wenn sie auch die Frage allgemeiner auffassen, dennoch sie nicht vollständig erörtern, wie Schweitzer, über den Provocationspr. p. 49. f., Biener, syst. proc. jud. §. 301. not. 4. dieß gethan haben.

Im Allgemeinen hängt die Zulässigkeit der Provocation ex lege diffamari von Beurtheilung der Frage ab, ob eintretenden Falls, wenn nemlich die Diffamation dargethan ist, der Diffamant zu einem Beweise in Betreff des, die Diffamation ausmachenden Punktes genöthigt oder auch gelassen werden könne? Denn wo kein Beweis Platz greift, da kann es auch keine Klage geben, der Provocat, welcher nicht zu dem Beweise genöthigt oder gelassen werden kann, befindet sich mithin nicht in dem Falle, eine Hauptklage anzustellen; wo aber der Fall einer anzustellenden Hauptklage fehlt, kann auch nicht eine Aufforderung zu Anstellung der Hauptklage gestattet sein. So wirkt Alles prägnant

auf einander, und Niemand wird zweifeln, daß derjenige, dessen Eigenthum an einer Sache gewiß ist, sollte er auch noch so oft dieses Eigenthums sich rühmen, und eben so derjenige, welcher eine Forderung aus dem Spiele an Jemanden zu haben behauptet, zu Anstellung einer Hauptklage nicht provocirt werden könne. Man kann nicht sagen, daß in diesen zwei Fällen die Provocation deshalb wohl nicht gestattet werde, weil der Provocant kein Interesse an einem Processe zwischen ihm nnd dem Gegner haben könne; denn dieß ist ein, obwohl wahrer, dennoch rein zufälliger Umstand, welcher nicht in allen Fällen, wo die Provocation unzulässig ist, vorliegt, wie solches weiter unten sich zeigen wird. Der Grundsatz dagegen: „Wo kein Beweis der Hauptklage, da keine Hauptklage, und wo diese nicht, da auch keine Provocation" wird überall entscheidend sich geltend machen. Wenden wir ihn auf unsere Frage an, so ist es wohl wahr, daß schon das römische Reich den Besitzer d. h. schon den detentor wegen der Vermuthung für die Rechtmäßigkeit seines Besitzes von dem Beweise freispricht. Vgl. §. 4. Iust. de interdictis (IV. 15.), c. 2. C. de probat. (IV. 19.), zusammengehalten mit fr. 5. pr. D. si ususfr. petatur (VII. 6.), c. 28. C. de rei vind. (III. 32.), c. 4. C. de edendo (II. 1.), c. 7. C. de testib. (IV. 20.). Allein es ist dieß nur mit gewissen Beschränkungen zu verstehen. Das römische Recht befreit den Besitzer blos dann von dem Beweise, wenn er die Stelle des Beklagten einnimmt. In den nur erwähnten Gesetzstellen nemlich und auch in fr. 8. 14. 20. D. de prob. (XXII. 3.), fr. 41. pr. D. de lib. causa (XL. 12.), wo von der praesumtio pro possessore die Rede ist, ist der possessor der Beklagte in causa reali. Daß dieß nicht zufällig sei, ergiebt sich daraus, daß das römische Recht den Besitzer, wenn er als Kläger (nemlich in petitorio) auftritt, keineswegs vom Beweise freispricht, wie dieß insbesondere fr. 3. §. 13. 14. D. de itinere (XLIII. 19.) und fr. 14. D. de prob. zeigen. Das römische Recht spricht also nur den allgemeinen Grundsatz: actori incumbit probatio in besonderer Anwendung auf die Real- und Präjudicialklagen aus. So ist es auch von der Praxis verstanden worden, und es hat sich diese dergestalt gebildet, daß bei der actio negatoria dem, welcher das jus in re aliena in Anspruch nimmt, weil er in der That der eigentliche Kläger ist, der Beweis des Rechts auferlegt werden muß, wenn schon derselbe den Besitz

für sich hat [1]), während sonst in allen Real- und Präjudicialfällen der sich im Besitze Befindende, wenn er angegriffen wird, von dem Beweise befreit bleibt, die Rolle des Klägers von sich ablehnen kann. Daher muß demjenigen, welcher in der Lage sich befindet, die actio negatoria anzustellen, auch die keineswegs als subsidiär zu behandelnde [2]) Provocation ex lege diffamari gestattet sein, wohingegen in allen andern Realstreitigkeiten und in den Präjudicialstreitigkeiten dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer die Provocation keineswegs zukommt, sollte er auch ein specielles Interesse an einem Streit um die Sache haben, z. B. weil er das Eigenthum der Sache in Anspruch nimmt, in deren Besitze der Gegner geschützt ist. Vielmehr bleibt in solchem Falle dem Nichtbesitzer blos übrig, selbst die Hauptklage anzustellen. Mit diesem Resultate sind auch Schweitzer und Biener a. a. O. einverstanden, und nicht weniger Gottschalk l. l. T. II. c. 7., so wie Schweppe, römisches Privatr. §. 184^{b}, die es jedoch nur theilweise berühren. Dagegen lassen sie den Fall unerwähnt, wo beide Parteien gleichmäßig im Besitze sich befinden. Hier kann, eben weil die Parteien in pari conditione possessionis sind, die Entscheidungsnorm nicht von dem Besitze entlehnt, d. h. es kann nicht von Geltendmachung der sogenannten beatitudines possessionis des einen Besitzers gegen den Andern im Allgemeinen und insbesondere nicht von einer praesumtio pro possessore geredet und auf diesen Grund hin die Unzulässigkeit der Provocation ausgesprochen werden, obwohl der Besitz der Sache in Frage steht — ein Beweis mehr, daß es, um über die Zulässigkeit der und Unzulässigkeit der Provocation zu entscheiden, nicht sowohl auf den Besitz dessen, der provocirt wird, als vielmehr darauf ankommt, ob er zum Beweise über den Hauptstreitpunkt gezwungen oder gelassen werden kann. Der Fall selbst aber ist dahin zu entscheiden, daß, wenn beide Parteien im Besitze geschützt sind, die Provocation Statt habe. Es mögen nemlich beide Parteien in dem sogenannten solidarischen Mitbesitze geschützt sein, und es mag alsdann der Eine behaupten, daß ihm das Eigenthum der

1) Bekanntlich ist dieß in neuerer Zeit sehr bestritten worden. Vgl. unt. and. Pfeiffer, vermischte Aufsätze über das Privatr. Nr. 3. Franke im Archiv für civil. Praxis Bd. XXI. Abh. 1. p. 1. ff.

2) Gottschalk disc. for. T. II. c. 7., womit zu vergl. T. III. c. 12. a. A. Schweitzer, a. a. O. p. 59. ff.

Sache ganz oder theilweise gehöre, oder es mögen Beide in dem gewöhnlichen Mitbesitze, wo Jedem ein bestimmter Theil der Sache angewiesen ist, sich befinden, und mag dann der Eine dieselbe nur erwähnte Behauptung aufstellen oder auch, daß ihm an dem, von dem Andern besessenen Theil ein jus in re zustehe, prätendiren: immer werden diese Behauptungen die Veränderung des bisherigen gemeinschaftlichen Zustandes bezwecken und keineswegs auf Etwas, so der Behauptende bereits hat, sondern auf eine neue Adquisition und damit zugleich auf eine Beschränkung des Gegners in dem, von ihm schon Erworbenen gerichtet, also ganz so, wie sie eine petitorische Klage begründen und Gegenstand eines Beweises sein können, geeigenschaftet sein. Die Behauptungen sind daher wahre Berühmungen von Ansprüchen, wirkliche Diffamationen, welche der Gegner, der bisher nicht in deteriore conditione zur Sache sich befunden, als der Diffamirende, nicht auf sich beruhen zu lassen braucht, vielmehr auf dem Wege der Provocation zur Rechtshängigkeit bringen kann, um so endlich sie ganz beseitigt zu wissen. Es scheint uns dieß dem gemeinen Rechte und auch dem sächsischen, welches hier von Jenem nicht abweicht, angemessen zu sein.

IX.

Geht die nach vorausgegangener provocatio ad agendum angestellte Hauptklage, durch deren Zurückweisung, so wie durch mutatio und renuntiatio libelli verloren?

Die Frage, so weit sie auf die Zurückweisung der Klage sich bezieht, ist anders zu beantworten, wenn in dem erhobenen Diffamationsprocesse rechtskräftig auf Anstellung der Hauptklage binnen sächsischer Frist, unter Androhung des Verlusts der Klage, erkannt worden ist, oder die Parteien durch Compromiß festgesetzt haben, es solle die Hauptklage binnen sächsischer Frist bei deren Verlust angestellt werden; und anders, wenn es an einem solchen Erkenntnisse oder Compromisse fehlt. Ist auf Anstellung der Hauptklage in der gedachten Weise rechtskräftig erkannt oder compromittirt worden, so ist dergestalt zu unterscheiden. Zunächst kommt es darauf an, ob bereits bei dem Diffamationsprocesse, wenigstens in dem Erkenntnisse oder Compromisse, der in der Hauptklage angegebene Klaggrund angezeigt worden ist oder nicht, ob also z. B. die Diffamation dahin lautet, daß Diffamat dem Diffamanten 1000 Thlr. schuldig sei, oder dahin, daß er ihm die Summe aus einem Darlehne schulde. Ferner kommt es darauf an, ob in dem Erkenntnisse oder Compromisse gesagt worden ist, daß die anzustellende Hauptklage mit tüchtigem Grunde versehen sein müsse, oder — besser ausgedrückt — an keinem Formfehler leiden dürfe, oder ob dieß nicht gesagt worden ist. Hiernach gestalten sich vier verschiedene Fälle. Erstens, es ist der Klaggrund nicht angezeigt, es ist auch davon, daß die Klage fehlerlos in der Form sein müsse, nichts gesagt worden. Hier wird die Anstellung einer neuen Hauptklage durch die Zurückweisung der frühern nicht behindert, es mag diese erfolgt sein, in welcher Art immer es sei. Denn wenn schon jede Klage in der Regel tadellos ge-

fertigt sein soll auch in Betreff der Form, so ist doch auch regelmäßig kein Nachtheil in der Hauptsache an das Vorhandensein von Formfehlern geknüpft, und es kann mithin der Verlust der Hauptklage wegen eines, bei der angestellten Klage vorhandenen Formfehlers nur unter der Voraussetzung eintreten, wenn er rechtskräftig angedroht oder durch Compromiß der Parteien festgesetzt worden ist. Weiter wenn in dem Diffamationsprocesse kein Klaggrund angezeigt worden ist, selbst nicht in dem Erkenntnisse oder Compromisse, so kann die, mit der Formel: schlechterdings ausgesprochene Abweisung — auf diese nemlich allein kommt es hierbei an — blos den Sinn haben, daß der, in der Klage angezeigte Grund derselben nicht gebilligt werden könne, und es wird, da diese Mißbilligung eben blos auf den angezeigten Klaggrund sich beschränkt, durch dieselbe die Aufstellung eines neuen Klaggrundes, d. h. die Anstellung einer neuen Klage, nicht behindert. Man kann hiergegen nicht erinnern, daß gerade deshalb, weil in dem Diffamationsprocesse von einem bestimmten Klaggrunde nicht gesprochen gewesen, der Diffamant gezwungen sei, alle ihm zu Gebote stehenden Klaggründe auf Einmal in der Hauptklage anzuzeigen, und daß er aller deren, welche von ihm nicht angezeigt worden, ohne Weiteres verlustig sein müsse. Es würde in einem solchen Raisonnement eine unrichtige Anwendung der Eventualmaxime liegen, welche, wenn schon ihr der Kläger eben so gut, wie der Beklagte unterworfen sein muß, doch immer blos auf die Vertheidigungsmittel wider die, den Charakter der Klage an sich tragende Angriffshandlung des Gegners, also, sobald wir den Kläger im Auge haben, blos auf die Beantwortung der Ausflüchte und auf die Repliken, niemals dagegen auf die Angriffshandlung selbst, auf die Klage, bezogen werden kann. Nun ist aber der Diffamant, sobald es zum Hauptprocesse kommt, der (erste) Kläger, und seine Parteistellung in dem Vorprocesse, dem Diffamationsprocesse, geht uns weiter hier nichts an. Der zweite Fall ist der: Es ist im Diffamationsprocesse der Grund des Anspruchs angezeigt, allein davon, daß die Klage, wenn sie nicht für verloren erachtet werden solle, auch in der Form tadellos sein müsse, ist weder im Erkenntnisse, noch bei dem Compromisse etwas gesagt. In diesem Falle wird, wenn die angestellte Hauptklage wegen Formfehlers, also angebrachter Maasen oder allhier, zurückgewiesen wird, eine neue Klage angestellt werden können, und zwar aus

den, bei dem ersten Falle angezeigten Gründen. Wird dagegen die Hauptklage wegen Mangels im Klaggrunde, also: schlechterdings zurückgewiesen, so ist der Anspruch ganz verloren, und die Anstellung einer neuen Hauptklage ist nicht möglich. Dieß kann darum nicht anders sein, weil der Anspruch blos in der Weise, wie der Diffamant dessen sich gerühmt hat, Gegenstand der Hauptklage sein kann. Steht freilich dem Diffamanten noch ein anderer Klaggrund zu Gebote, mit welchem er dasselbe fordern kann, was er mit der zurückgewiesenen Klage verlangt hatte, so wird ihn Niemand hindern, Klage zu erheben. Allein es läßt sich nicht sagen, daß diese Klage (libellus) denselben Anspruch betreffe, wie die zurückgewiesene Klage, — eine solche Annahme würde darauf beruhen, daß man den Begriff: Anspruch, (jus, actio) für gleichbedeutend mit: Gegenstand des Anspruchs (objectum juris, objectum actionis) nähme. Es kann Jemand einen und denselben Gegenstand aus verschiedenen Rechtsgründen fordern, er kann z. B. verlangen, daß der Beklagte verurtheilt werde, ihm 1000 Thlr. zu bezahlen, indem er das eine Mal auf ein mutuum, das andere Mal auf eine emtio venditio sich beruft; allein es läßt sich wegen Gleichheit des Gegenstandes nicht behaupten, daß der Kläger mit seinem doppelten Vorbringen einen und denselben Anspruch verfolgt, eine und dieselbe Klage angestellt habe. Eine Vermischung der Begriffe: „Anspruch" und: „Gegenstand des Anspruchs" würde die ungeheuersten Revolutionen in der Theorie und in der Praxis des Processes hervorbringen. Wir brauchen, um dieß schlagend zu belegen, blos daran zu erinnern, daß wenn die erhobene zweite Klage, welche nicht denselben Klaggrund hat, wie die frühere, *schlechterdings* zurückgewiesene, eine und dieselbe Klage wäre, mit der frühern, blos weil sie denselben Gegenstand betrifft, mit der Zulassung der neuen Klage die res judicata über die frühere Klage wieder aufgehoben werden würde, und dem Beklagten nicht gestattet werden könnte, der neuen Klage andere Ausflüchte entgegenzusetzen, als diejenigen, welche er schon der frühern Klage entgegengesetzt hat [1]). Der *dritte* Fall ge-

---

1) von Hartitzsch, in seinen Entscheidungen practischer Rechtsfragen, vermischt entweder die Begriffe: „Anspruch" und „Gegenstand des Anspruchs" oder er widerspricht sich selbst, wenn er dec. 232. sagt, daß der Kläger, wenn seine Klage schlechterdings abgewiesen worden ist, *aus demselben Geschäfte* eine neue *veränderte* Klage anstellen könne, sobald nur darin *neue*, in der

staltet sich so: Es ist in dem Diffamationsprocesse der Klaggrund nicht angezeigt, allein in dem Erkenntnisse oder Compromisse ist dem Diffamanten die Anstellung einer formtüchtigen Klage auferlegt worden. Bei solcher Sachlage muß die Zurückweisung der Hauptklage wegen Formfehlers den Verlust des Anspruchs nach sich ziehen, während die Zurückweisung wegen Mangels im Klaggrunde diesen Verlust nicht herbeiführt. Es hat dieß für den ersten Anschein den Anstrich der Sonderbarkeit an sich, und es scheint ein Widerspruch darin zu liegen, daß das minus (die Abweisung: angebrachter Maasen allhier) größere Wirkung haben soll, als das majus (die Abweisung: schlechterdings). Allein es läßt sich hiergegen sagen, daß die beiden Abweisungsarten durchaus nicht in abstracto in dem angezeigten Verhältnisse, wie das minus und majus, zu einander stehen, vielmehr in concreto das Verhältniß gerade umgekehrt sich gestalten kann. In unserm Falle ist der Formfehler ausdrücklich mit einem Präjudiz in der Hauptsache bedroht, während für die Möglichkeit, daß ein Mangel in dem Materiellen sich ergeben sollte, die Bedingungen des Eintritts eines Präjudizes in der Hauptsache fehlen, — es kann daher nicht befremden, daß die Abweisung wegen Formfehlers wirksamer ist, als die Abweisung wegen Mangels im Klaggrunde. Der vierte Fall endlich bildet sich dann, wenn sowohl der Klaggrund angezeigt, als auch in dem Erkenntnisse oder Compromisse die Auflage, eine formtüchtige Klage anzustellen, enthalten ist. In diesem Falle muß die Zurückweisung der Klage, sie mag erfolgt sein, auf welche Art nur immer es wolle, jederzeit den Verlust der Hauptklage nach sich ziehen. Die Gründe dieser Entscheidung liegen in der Beurtheilung der ersten drei Fälle; die Entscheidung des vierten Falls ist eine Consequenz der vorangegangenen Fälle. So nun ist zu entscheiden, wenn ein Erkenntniß, ein Compromiß in der oben gedachten Weise vorhanden ist. Mangelt dagegen Jenes und Dieses, und hat der Diffamant freiwillig die Hauptklage angestellt, so kann diesem, indem er bis jetzt noch gar nicht genöthigt gewesen, wie überhaupt eine Klage, so insbesondere eine formtüchtige Klage anzustellen, die Zurückweisung wegen Formfehlers niemals, die Zurückweisung

---

vorigen unerwähnt gebliebene obligatorische Handlungen vorgebracht würden.

wegen Mangels im Klaggrunde aber nur dann schaden, wenn der von ihm angegebene Klaggrund schon im Diffamationsprocesse angezeigt gewesen ist, Letzteres aus den oben bei dem ersten Falle angezeigten Gründen [2]). Fragt es sich weiter, welchen Einfluß die mutatio und renuntiatio libelli auf das Fortbestehen des Klagrechts des Diffamanten habe, so muß zuförderst an die verschiedenen Arten der mutatio und renuntiatio libelli erinnert werden, wie sie in der E. P. O. Tit. V. §. 9. begründet sind. Während dem gemeinen Processe eine Klagveränderung blos in Betreff des Gegenstandes und des Grundes der Klage bekannt ist [3]), hat die E. P. O. noch eine Klagveränderung eingeführt, welche durch den Wechsel des gewählten Processes und durch die Vertauschung des Eides mit andern Beweismitteln bewirkt werden kann. Aeltere Processualisten nennen diese neu eingeführte mutatio libelli: accidentalis, auch wohl: emendatio, und die gemeinrechtliche: mutatio substantialis [4]). Jede mutatio libelli ist blos bis zur Rechtskraft des ersten Erkenntnisses gestattet. Die renuntiatio libelli (litis) ist dem Kläger jederzeit erlaubt, jedoch mit dem Unterschiede, daß wenn sie vor Rechtskraft des ersten Erkenntnisses, in welchem auf Leistung des über die Klage angetragenen Eides oder auf Beweis einer peremtorischen Ausflucht erkannt worden ist, oder vor Ablauf der Frist zum Beweise der Klage erklärt wird, der Kläger mit einer, in Betreff des Objects und Grundes unveränderten Klage; in jedem andern Falle aber, also wenn die renuntiatio nach Rechtskraft des auf den Hauptseid oder Beweis der Ausflucht sprechenden Erkenntnisses oder nach Ablauf der, zum Beweise der Klage bestimmten Frist erklärt wird, nur mit einer Klage, welche von der frühern hinsichtlich des Objects und des Fundaments verschieden ist, also nur mit einer ganz andern Klage, wieder auftreten kann. Diese zweite

---

2) Eine andere Beurtheilung unserer Frage, und zwar nach nur einem Maasstabe, sieh bei Kritz, Sammlung von Rechtsfällen, Leipzig 1833. Bd. I. p. 48. ff., dessen Ansicht auch von dem Appell. Gerichte zu Leipzig gebilligt wird, wie v. Hartitzsch, a. a. O. dec. 331. sagt.

3) Linde, Lehrb. des teutschen gem. Civilproc. §. 197. Erweitert wird ger Begriff von Martin, Lehrb. des teutsch. gem. bürgerl. Proc. §. 139., indem derselbe ihn auch auf die Veränderung im Subjecte bezieht; beschränkt dagegen von Kori, Theorie des sächs. bürg. Proc. §. 66., wo die Veränderung des Klaggrundes nicht als mutatio libelli dargestellt ist.

4) Pfotenhauer, doctr. proc. ed. Diedemann. §. 111.

renuntiatio wird mithin, wenn schon sie den Worten nach blos auf den Streit sich bezieht, dennoch ihren Wirkungen nach als eine Verzicht auf die Streitsache, als renuntiatio causae, behandelt; und auch die sogenannte mutatio libelli substantialis ist ihrem Wesen nach eine wahre renuntiatio causae, da die Gleichheit des Klaggrundes und des Objects — mehr noch die Gleichheit des Subjects — die nothwendigen Bedingungen der Identität zweier Klagen sind. Dahingegen wird weder durch die mutatio in modo agendi (welche eigentlich eine Art der renuntiatio litis ist) noch durch die mutatio in modo probandi an dem Wesen der Klage etwas geändert, sondern es wird nur durch Jene, wie durch Diese eine redintegratio litis herbeigeführt, indeß die Klage dieselbe bleibt.

Dieß vorausgeschickt, ist die obige Frage über den Einfluß der mutatio und renuntiatio libelli auf das Fortbestehen des Anspruchs des Diffamanten so zu beantworten. Die sogenannte mutatio libelli accidentalis und die erste der vorstehend beschriebenen renuntiationes libelli brauchen nicht nothwendig ihren Grund in der möglichen Absicht des Klägers zu haben, bei der redintegratio litis einem Formfehler seiner Klage abzuhelfen; und selbst wenn einmal dieser Plan des Klägers erwiesen würde, so kann doch auch in einem solchen Falle die mutatio und renuntiatio libelli nicht gleiche Wirkung haben mit der Zurückweisung der Klage wegen Formfehlers, weil nemlich die Gesetze zur Rechtsbeständigkeit der mutatio und renuntiatio libelli nur die Beobachtung einer gewissen Frist, keineswegs dagegen die Angabe eines Grundes, von dem Kläger fordern. Die nur gedachten Arten der mutatio und renuntiatio libelli schaden also, wenn auch in dem Erkenntnisse oder in einem Compromisse des vorausgegangenen Diffamationsprocesses der Verlust der Klage auf einen Formfehler angedroht worden sein sollte, dem Fortbestehen des Anspruchs des Diffamanten nicht, es kann mithin dieser auf Fortstellung des veränderten Processes antragen. Unternimmt dagegen der Diffamant eine mutatio libelli substantialis oder eine renuntiatio litis der oben erwähnten zweiten Art, also erklärt er in Wirklichkeit eine renuntiatio causae, so kommt es darauf an, ob der in der angestellt gewesenen Hauptklage angegebene Klaggrund bereits bei dem Diffamationsprocesse angezeigt gewesen ist oder nicht, und es muß entschieden werden, ganz wie dieß oben bei dem ersten und zweiten Falle der Zurückweisung

der Klage geschehen ist. Findet nemlich Jenes statt, so geht die Hauptklage verloren; findet dagegen Dieses statt, so kann eine andere Klage erhoben werden, sobald nur mit ihr dasselbe Object verfolgt wird.

Uebrigens muß — und dies ist die Schlußbemerkung der ganzen Erörterung — vorausgesetzt daß dem Diffamanten durch rechtskräftiges Erkenntniß oder Compromiß die Anstellung der Hauptklage binnen sächsischer Frist unter Androhung deren Verlustes aufgegeben worden ist, wenn überhaupt die Anstellung einer zweiten Klage oder die Fortstellung des bereits eröffnet gewesenen Hauptprocesses zulässig ist, Jene, wie Diese innerhalb sächsischer Frist von Rechtskraft des Zurückweisungserkenntnisses, sollte auch in diesem nicht ausdrücklich davon etwas gesagt worden sein, oder, im Falle einer mutatio oder renuntiatio libelli, von Zeit der gethanen Erklärung an, erfolgen; auch kann, wenn die Zurückweisung der Hauptklage wegen Formfehlers ausgesprochen wird, zu Abkürzung der Processe richterlichen Amts halber dem Diffamanten die Anstellung einer formtüchtigen Klage unter Androhung deren Verlusts aufgegeben werden.

X.

Ueber die Frage, worin das Wesen der Gerichtlichkeit eines letzten Willens bestehe?

Diese ohne Zweifel für die Theorie, wie für die Praxis nicht unwichtige Frage drang sich mir neulich auf bei dem Ansichtigwerden einer mittelinstanzlichen Entscheidung, (des Appellationsgerichts zu Dresden) die in einer Recurrentsache eines meiner Herren Collegen ertheilt worden ist.

Es hatten zwei Geschwister hereditatis petitionem qualificatam angestellt, indem sie behaupteten, daß das von dem Erblasser, ihrem Bruder, zu Gunsten der Beklagten am 13. April 1836 errichtete Testament aus verschiedenen Gründen, namentlich auch deshalb ungiltig sei, weil zwar der Gerichtsverwalter den letzten Willen in des Erblassers Behausung und Gegenwart niedergeschrieben habe, die bestellten drei Gerichtspersonen jedoch nur nach und nach dazu gekommen und erst insgesammt bei dem in Gegenwart des Testators erfolgten Vorlesen des Protocolls zugegen gewesen seien. Die Juristenfacultät wies die Klage in der Maase, wie sie angebracht worden, ab, das Bezirksappellationsgericht zu Dresden jedoch, zu welchem die Sache in Folge eingewandten devolutiven Rechtsmittels gelangte, sprach mittels des, am 15. Dec. 1838. publicirten und in Rechtskraft übergegangenen Erkenntnisses reformatorisch auf Beweis der Klage, indem es in den, separat gegebenen Entscheidungsgründen unter Andern sagte: „Anlangend die Behauptung, daß die bei Errichtung des Testaments zugezogenen Ortsgerichtspersonen bei dem gerichtlichen Act nicht vom Anfange an zugegen gewesen wären, so würde es allerdings als ein Mangel des außerhalb der ordentlichen Gerichtsstelle errichteten Testaments anzusehen sein, wenn nicht wenigstens eine Gerichtsperson vom Anfange bis zu Ende bei Aufnahme des Testaments zugegen gewesen wäre." Zu Rechtfertigung dieser Ansicht war sich berufen auf const. elect. 3. p.

III. Dec. 45. und 73. v. J. 1661. Dec. 8. v. J. 1746. Gottschalck analecta juris Sax. cap. IV. p. 92., cap. V. p. 93. sqq. Allein weder in jenen Gesetzen und in diesem Schriftsteller, noch überhaupt in den Rechten ist die Ansicht begründet. Sie spricht sich nemlich dahin aus, daß die zur Form des gerichtlichen Testaments nöthigen Personen, sobald der letzte Wille vom Gerichte selbst niedergeschrieben wird, schon vom Anfange der Niederschrift oder wohl gar der, durch den Testator gemachten Erklärungen an zugegen sein müssen, und keineswegs deren Gegenwart bei dem Vorlesen des Protocolls, also des letzten Willens, genüge; mit andern Worten, sie setzt den solemnis actus testandi nicht in dieses Vorlesen allein, sondern in die, von dem Testator gemachte Eröffnung des letzten Willens, in das Niederschreiben und in das Vorlesen des Protocolls zugleich. Wie nun die Beantwortung der Frage, von welcher Zeit an bei einem Testamente der gedachten Art das Gerichtspersonal versammelt sein müsse? allerdings von Beantwortung der Frage abhängt, worin der solenne Testationsact bei gerichtlichen Testamenten bestehe? so findet sich doch über letztern Punkt gar kein, der Ansicht des Appellationsgerichts günstiger Nachweis in den erwähnten Gesetzen und bei Gottschalck. Die const. elect. 3. p. III. (C. A. I. p. 105.) nemlich setzt nur fest, daß bei einem gerichtlichen Testamente außer dem Gerichtspersonale noch andere Zeugen nicht nöthig seien, und daß das gerichtliche Testament eben so gut in der Behausung des Testators, als coram actis, d. h. in loco judicii errichtet werden könne. Außerdem enthält sie noch eine andere, der gedachten Ansicht entgegenstehende Bestimmung, auf welche man weiter unten zurückkommen wird. Die Dec. 45. und 73. v. J. 1661. (C. A. I. p. 318. 331.) bestimmen die Zahl der, bei Errichtung eines gerichtlichen Testaments nöthigen Personen, und Dec. 8. v. J. 1746. (C. A. C. I. p. 351.) verordnet, daß auch vor einem incompetenten Richter ein gerichtliches Testament errichtet werden, und beziehentlich unter welchen Bedingungen solches geschehen könne. Gottschalck endlich giebt in cap. IV. und V. seiner Analecten blos Erläuterungen zu dec. 45. und 73., und spricht dagegen nirgends von der unitas actus, noch viel weniger von dem Begriffe des actus testandi.

Um nun zu bestimmen, worin der solenne Testationsact bei gerichtlichen Testamenten bestehe? ist auf die Privattestamente zu-

rückzugehen, als die frühere Art, deren Form ausgeprägter ist, als die der nachgebildeten gerichtlichen Testamente.

Ueber das Wesen des actus testandi bei Privattestamenten giebt es zwei ganz klare Stellen, nemlich const. 21. pr. et §. 2. C. de testam. (VI. 23.). In jener Stelle, die von den schriftlichen Testamenten handelt, heißt es:

In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet uno tempore, eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus.

Die zweite Stelle handelt dagegen von mündlichen Testamenten und lautet so:

Per nuncupationem quoque, hoc est: sine scriptura testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis audierint.

Der Sinn dieser Stellen ist folgender. Bei den schriftlichen Privattestamenten nimmt die feierliche Testamentshandlung ihren Anfang, wenn der Testirer mit den dazu erbetenen sieben Zeugen an einem Orte zusammenkommt und ihnen seinen schriftlich verfaßten letzten Willen mit der Erklärung, daß es sein Testament sei, vorlegt, und sie bittet, es zu unterschreiben und zu besiegeln; sie endigt sich, wenn alle Zeugen unterschrieben und untersiegelt haben. Bei einem mündlichen Privattestamente hingegen nimmt die Handlung ihren Anfang, wenn der Testirer vor den gleichzeitig versammelten sieben Zeugen erklärt, er wolle ein mündliches Testament errichten, und die Zeugen ersucht, seinen letzten Willen anzuhören; sie endigt sich, wenn der Testirer mit seiner Erklärung fertig ist. Vgl. Glück, Pandectencommentar, Bd. 34. §. 1414. p. 383. f., auch Valett, Lehrbuch des practischen Pandectenrechts, Leipzig 1829. Bd. 3. §. 966.

Auch kann es in der That nicht anders sein. Die Verität eines letzten Willens ist ohne Zweifel ausschließlich in der endli-

chen Erklärung des Testirers zu suchen, ohne daß zu Beurtheilung dieser Verität darauf etwas ankommt zu wissen, welche Mittel der Testirer angewendet habe, zu der Möglichkeit dieser endlichen Erklärung zu gelangen; es läßt sich aber kein Grund denken, und wirklich ist auch in den Gesetzen kein Grund angegeben, weshalb diese das Erforderniß gewisser Solennitäten, als die positive Bedingung der Rechtsgiltigkeit eines letzten Willens, über den Punkt hinaus erstrecken sollten, in Betreff dessen der Nachweis der Verität erheischt wird.

Wendet man dieß auf die gerichtlichen Testamente an, und ist es nicht zweifelhaft, daß der Fall, wo der Testirer dem Gerichte seinen letzten Willen zur Annahme und Aufbewahrung überreicht, als das Surrogat der schwerfälligern Form des schriftlichen Privattestaments erscheine, so muß auch zugegeben werden, daß die, dem Gerichte geschehene Ueberreichung des letzten Willens, die Annahme des Letztern und die vorschriftmäßige Auffassung des Protocolls über die ganze Handlung an die Stelle der bei den schriftlichen Privattestamenten erforderlichen Vorlegung des letzten Willens an die Zeugen, so wie der Unterschreibung und Untersiegelung getreten ist. Ist dem aber so, so muß auch bei dem gerichtlichen Testamente der gedachten Art die Nothwendigkeit des Zusammenseins des erforderlichen Gerichtspersonals auf die Zeit, zu welcher das Testament übergeben und das Protocoll hierüber aufgefaßt wurde, sich beschränken, eben so wie bei dem schriftlichen Privattestamente die Nothwendigkeit des Beisammenseins der sieben Zeugen auf die Zeit, zu welcher der letzte Wille ihnen vorgelegt und von ihnen unterschrieben und untersiegelt wurde, zu beschränken ist. Daß dem so sei, also daß der solemnis actus testandi bei gerichtlich übergebenen Testamenten blos in der Uebergabe und Annahme des letzten Willens erkennbar sei, das spricht auch die const. elect. 3. p. III. nicht undeutlich aus, indem sie wörtlich sagt:

„Also auch, wenn einer ein Testament daheime schreibet oder schreiben läßet, und leget selbiges hinter das Gerichte, so ist es kräftig, da gleich keine Zeugen darbei gewesen."

Die Constitution erfordert also keineswegs zur Conception eines, bei Gerichte übergebenen letzten Willen die Zuziehung auch nur irgend eines Zeugen, sie setzt mithin den solemnis actus

testandi keineswegs in die Niederschrift, sondern blos, was noch allein bleibt, in die, dem Gerichte geschehene Uebergabe des letzten Willens.

Die zweite Form der gerichtlichen Testamente, welche in der, durch das Gericht protocollmäßig geschehenen Niederschrift des letzten Willens nach der Erklärung des Testirers besteht, ist in Wirklichkeit, so bald sie vollständig vollzogen worden ist, von der ersten Form gar nicht verschieden, eben weil darauf, von wem die Niederschrift des Testamentes erfolgt sei, gar nichts ankommt, also, ob solches von dem Richter oder von dem Actuar oder von einem Andern geschehen sei, ganz gleichgiltig ist. Vergl. C. G. Hübner, disput. jur. civ. Jenae 1806. lib. I. cap. 6. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Ausg. 4., Bd. 3. §. 447. a. E. Die Vorlesung des Protocolls und die, von dem Testirer ausgesprochene Genehmigung desselben tritt an die Stelle der Uebergabe und Annahme des letzten Willens, es ist mithin allein hierin der solemnis actus testandi zu suchen. Die obengedachte Entscheidung des Appellationsgerichts zu Dresden ist daher den Verhältnissen nicht angemessen und in den Rechten nicht begründet, und es läßt sich wohl sagen, daß glücklicherweise in dem Fragefalle das materielle Recht den Sieg über das Formelle errungen habe, indem nemlich bei dem Beweise sich herausstellte, daß neben dem protocollirenden Gerichtsverwalter eine Gerichtsperson vom Anfange bis zu Ende bei Aufnahme des Testaments zugegen gewesen sei. Wahrscheinlich jedoch hat die Entscheidung den gar nicht vorgelegten Fall im Auge gehabt, daß die erwähnte zweite Form nicht vollständig absolvirt worden sei. In einem solchen Falle nemlich muß auch die andere Eigenschaft dieser zweiten gerichtlichen Testationsform, nemlich die Eigenschaft eines testamenti nuncupativi, in Betracht gezogen, also gefragt werden, ob der Act der mündlichen Eröffnung des letzten Willens vollständig vor sich gegangen, und ob vom Anfange bis zum Ende dieses ganzen Acts das erforderliche Gerichtspersonale zugegen gewesen sei. Vergl. Hübner und Wening-Ingenheim a. d. ang. Stellen.

Es führt diese Wahrheit zu zwei Bemerkungen, die, wenn sie auch nicht unmittelbar mit der Entscheidung der, in der Aufschrift gedachten Frage zusammenhängen, dennoch wegen ihres practischen Interesses und Werths einen Platz hier finden mögen.

Der actus testandi bei dem mündlich errichteten gerichtlichen Testamente endigt sich auf gleiche Weise, wie bei dem mündlichen Privattestamente: simulac voluntas testatoris audita fuerit. S. die erwähnte const. 21. §. 2. Wenn daher z. B. der Testirer, nachdem er bei vollem Verstandesgebrauche dem versammelten Gerichtspersonale seinen letzten Willen eröffnet hat, plötzlich stirbt, und das nun aufgefaßte Protocoll, wie natürlich, blos dem Gerichtspersonale vorgelesen und von ihm genehmigt wird, so ist kein Mangel des solennen Testationsacts vorhanden. Auch ist in einem solchen Falle nicht einmal erforderlich, daß das Protocoll gleichzeitig aufgenommen werde, vielmehr kann es, unbeschadet der Rechtsgiltigkeit des letzten Willens, erst später aufgefaßt werden, indem durch die spätere Aufzeichnung des letzten Willens, eben so wenig, wie durch die Aufzeichnung überhaupt, die Eigenschaft des letzten Willens, als eines mündlichen, verändert wird.

Stirbt der Testirer nach der, den Zeugen oder dem Gerichte geschehenen Vorlegung seines schriftlichen letzten Willens, und es wird nur ohne Unterbrechung von den Zeugen die Unterschrift und die Besiegelung oder von dem Gerichte das Hinterlegungsprotocoll vollzogen, so ist immer unitas actus vorhanden, indem der Testirer, die Zeugen und das Gericht in einer ununterbrochenen Reihfolge das Ihrige gethan haben, und die Gegenwart des Testirers bei der Unterschrift und Besiegelung, so wie bei der Auffassung des Hinterlegungsprotocolls, über welche dereinst doch sein Zeugniß nicht erlangt werden kann, unnöthig ist. Doch müssen diese letzterwähnten Handlungen unmittelbar nach der Vorlegung des letzten Willens vorgenommen, und können, unbeschadet der Giltigkeit desselben, nicht auf eine spätere Zeit verschoben werden, da bei dem schriftlichen Privattestamente der Testationsact mit der subscriptio und subsignatio sich endigt, und bei dem schriftlichen gerichtlichen Testamente die Protocollsauffassung an die Stelle der Letztern getreten ist.

XI.

Bemerkungen zu dem Gesetze vom 27. Oct. 1834., einige Abänderungen in dem Proceßverfahren betreffend.

Dieß Gesetz bestimmt unter I.: über den Ungehorsam im Civilprocesse Folgendes:

In allen Civilprocessen, mithin auch im Edictalprocesse, soll zu der Herbeiführung eines Rechtsnachtheils für eine Partei auf den Fall der Unterlassung einer ihr obliegenden gerichtlichen Handlung die Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Gegentheils nicht weiter erforderlich sein, vielmehr im Falle des Versäumnisses der sonst begründete Rechtsnachtheil Kraft des Gesetzes in Wirksamkeit treten; auch bedarf es in keinem Falle der Provocation des Gegentheils zu einer solchen Handlung. Hierdurch wird jedoch an der bisher bestandenen Eintheilung der Frist zum rechtlichen Verfahren etwas nicht geändert.

Es bedarf hiernach zu Herbeiführung der Folgen des Ungehorsams weder der Provocation des Gegners zu der unterbliebenen Handlung, noch der Ungehorsamsbeschuldigung. Der Wegfall dieser beiden, früher zum Eintritte des Ungehorsams unerläßlichen Erfordernisse hatte nicht selten die Ansicht hervorgebracht, daß die Folgen des Ungehorsams ohne Unterschied des Zwecks, zu welchem der Termin anberaumt worden sei, auch dann eintreten müßten, wenn die gegentheilige Partei gar nicht erschienen sein sollte. So unbegründet auch diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit war, indem sie den Unterschied zwischen contumacia und circumductio termini geradehin aufhob, so wurde doch jeder Zweifel authentisch durch das Gesetz, die Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen betreffend, v. 19. Febr. 1838. beseitigt, indem dasselbe unter II. dahin sich aussprach,

daß durch obige gesetzliche Bestimmung die Nothwendigkeit des Erscheinens der Parteien vor Gericht in anberaumten Terminen in allen Fällen, wo solches nach den proceßgesetzlichen Vorschriften stattfinden solle, nicht aufgehoben worden sei.

Die Proceßgesetze erfordern aber in allen den Fällen das Erscheinen beider Parteien im Termine, wo von beiden Theilen gemeinschaftlich etwas vor Gericht expedirt werden soll [1]). Wo blos eine Partei zu handeln hat, erheischen die Gesetze das Erscheinen der andern Partei nicht, was namentlich in Betreff aller Eidesleistungen der Fall ist [2]). Es ist daher auch in allen denjenigen Terminen, wo nur eine Partei zu handeln hat, zu Begründung des Ungehorsams derselben das Erscheinen der andern Partei gar nicht erforderlich, und es können eben so wenig die Folgen des Ungehorsams mit dem Einwurfe abgewendet werden, daß der Gegner nicht zur Sache legitimirt, oder für ihn ein gar nicht oder nicht gehörig legitimirter Anwalt erschienen sei, da diejenige Partei, welche ohne Befürchtung eines Rechtsnachtheils aus einem Termine wegbleiben kann, auch nicht die Beibringung der Sachlegitimation und die Gestellung eines legitimirten Anwalts nöthig hat. Anders dagegen ist es in Betreff derjenigen Termine, zu denen beide Parteien erscheinen sollen. In Bezug auf diese ist oft die Frage aufgeworfen worden, ob von einem Ungehorsame die Rede sein könne, wenn die Legitimation von Seiten des Gegners nicht in Richtigkeit sich befinde? Um diese Frage zu beantworten, muß der durch gänzliches Außenbleiben oder durch nicht gehöriges Angeben oder durch Unterlassung der vorgeschriebenen Handlung im Termine verhangene Ungehorsam [3]) von dem Falle, wo zwar die Einlassung zur gehörigen Zeit, jedoch in einem oder dem andern Theile fehlerhaft bewirkt worden ist [4]), ingleichen die legitimatio ad causam von der

---

1) Vgl. das Conclusum des vormaligen Appellationsgerichts zu Dresden v. 30. Dec. 1826. §. 1. und die dort angezogenen Gesetzstellen.

2) Sieh E. P. O. tit. XXV. §. 4., tit. XXX. §. 2., tit. XXXII., das Gesetz, die Abschaffung des Gefährdeeides bei dem Eidesantrage 2c. betr. v. 19. Febr. 1838. §. 4., das im Texte angezogene Gesetz v. dems. Tage unter III.

3) C. 3. X. de dolo et contum. (II. 14.), c. 7. X. de appellat. (II. 28.) Mand. v. 25. Apr. 1672., Mand. v. 15. Apr. 1696. E. P. O. tit. I. §. 4., tit. IV. §. 5.

4) A. P. O. tit. XVI., E. P. O. tit. XVI. §. 1., Befehl v. 7. Nov. 1787.

legitimatio ad processum, sorgfältig getrennt werden. In dem Falle nemlich, wo die Einlassung fehlerhaft bewirkt worden ist, hat es von jeher der Provocation und der Ungehorsamsbeschuldigung zu dem Eintritte der Folgen des Ungehorsams nicht bedurft [5]); es kann mithin hier auch darauf, ob die Sachlegitimation oder Proceßlegitimation Seiten des Gegners in Richtigkeit sei, gar nichts ankommen. Liegt dagegen ein Ungehorsam ersterer Art vor, so kommt auf den Unterschied zwischen legitimatio ad causam und legitimatio ad processum viel an. Beide haben einen verschiedenen Character. Gesteht der Gegner die Richtigkeit der Sachlegitimation zu, so hat der Richter nicht weiter um dieselbe sich zu kümmern; die Proceßlegitimation aber hat der Richter ex officio zu beachten, und er darf sich nicht abhalten lassen, auf deren Beibringung oder auf Erledigung der Mängel derselben zu erkennen, wenn schon sie von der gegentheiligen Partei für richtig erklärt worden sein sollte. Ein rechtskräftiges Erkenntniß kann wegen eines Fehlers an der Proceßlegitimation noch angefochten werden, wegen eines Fehlers an der Sachlegitimation dagegen nicht [6]). Legitimatio ad causam fit parti, legitimatio ad processum judici [7]). Daraus folgt, daß wenn diejenige Partei, deren Ungehorsam in Frage ist, die Richtigkeit der Sachlegitimation zugestanden hat, der gänzlich mangelnde oder der fehlerhafte Nachweis der Letztern kein Grund sein kann, die Folgen des Ungehorsams nicht eintreten zu lassen. Es wird aber ein solches Zugeständniß der Richtigkeit der Sachlegitimation auch allemal dann angenommen werden müssen, wenn der, dieselbe betreffende Punkt einen integrirenden Theil der Klage ausmacht und auf denselben Einlassung und Antwort gefordert worden ist, der Beklagte jedoch auf diesen Punkt nicht geantwortet hat. Denn der Beklagte war gezwungen, darauf zu antworten, und es bezieht sich die Androhung des, in der E. P. O. tit. IV. §. 1., vorgeschriebenen Präjudizes auf alle thatsächlichen, zu Begrün-

---

5) Vgl. die bei not. 4. angezogenen Gesetze. Biener, syst. proc. jud. ed. nov. §. 97.

6) fr. 1. §. 3. D. quae sent. (II. 8.), c. 24. C. de proc. (II. 13.) E. P. O. tit. XXXVIII. §. 1.

7) Kori, Theorie des bürg. Proc. §. 10., Kind, quaest. for. T. III. c. 57 ed. II. p. 317.

dung der Klage gehörige Anführungen. Es erstreckt sich demnach der Ungehorsam selbst, mithin auch dessen Wirkung, auf die legitimatio ad causam. Macht dagegen das, die Sachlegitimation betreffende Anführen einen integrirenden Theil der Klage nicht aus, fällt es nicht unter die Vorladung und das, derselben inserirte Präjudiz, und ist es nicht gehörig oder nicht zur erforderlichen Zeit belegt worden, so kann auch von dem Ungehorsame der andern Partei nicht Rede sein. Noch ist der Fall der Streitgenossenschaft zu berühren, wo einige Litisconsorten die Sachlegitimation berichtigt haben, andere dagegen nicht. Ist hier die Streitsache untheilbar, so werden sich die Folgen des Ungehorsams auf die ganze Streitsache erstrecken müssen. Ist sie theilbar, und es handelt sich um die legitimatio ad causam passiva, so kommt deren Berichtigung durch die Einen auch den Uebrigen zu Statten, da es blos des einmaligen Nachweises dieser Sachlegitimation bedarf. Fragt es sich aber um die legitimatio ad causam activa, so tritt der Ungehorsam blos in Bezug auf die Antheile derjenigen Streitgenossen in Wirkung, welche ihre active Sachlegitimation beigebracht haben, während der Termin in Betreff der Uebrigen für hinterzogen angesehen werden muß, dafern nicht der eine Streitgenosse die active Sachlegitimation zugleich für seine Nebenmänner herzuschafft, wo dann die Grundsätze von dem mandatum praesumtum [8]) in Anwendung kommen. Es ist daher auf den Fall, wo in einem Processe wegen eines theilbaren Objects ein Streitgenosse die active Sachlegitimation nicht beibringt, dasjenige anzuwenden, was Biener a. a. O. §. 88. sagt:

At enim frustranea est accusatio contumaciae, si pars accusans non legitime comparuit.

Diese Regel gilt auch für alle die Fälle, wo die Proceßlegitimation Seiten derjenigen Partei nicht in Richtigkeit ist, welche der andern, angeblich ungehorsamen entgegensteht. Nur ist genau zu bestimmen, was zur Richtigkeit der Proceßlegitimation gehört. Ohne Zweifel kann nicht angenommen werden, daß diejenige Partei legitime erschienen sei, für welche sich ein gar nicht gerechtfertigter Anwalt angegeben hat oder ein solcher, welcher ein wegen eines äußern Mangels unzulässiges oder ein, gerade

---

8) Biener, l. l. §. 211.

auf die in dem Termine vorzunehmende Handlung nicht gerichtetes Mandat (mandatum mancum s. insufficiens) vorlegt. Dafern aber der Anwalt noch vor dem Schlusse der, dem Gegner zur vorzunehmenden Handlung bestimmten Zeit [9]) das fehlende Mandat beibringt oder den Mangel ergänzt, so wird der Gegner den Folgen des Ungehorsams verfallen, wenn er die Handlung unterläßt oder wohl gar nicht oder nicht legitime erschienen ist. Keineswegs dagegen wird dieser Nachtheil für die nicht handelnde Partei eintreten, wenn der Fehler der Proceßlegitimation erst nach Verfluß der, zur Terminshandlung bestimmten Zeit gehoben wird. Ist hiernächst das Mandat insufficiens, allein nicht gerade in Bezug auf die, in dem fraglichen Termine vorzunehmen gewesene Handlung, so liegt in der That ein Fehler in der Proceßlegitimation für diesen Termin nicht vor, und es hindert ein mandatum insufficiens dieser Art den Eintritt des Ungehorsams von Seiten des Gegentheils keineswegs. Gleichmäßig ist der Fall zu beurtheilen, wo Jemand für einen Andern mandato praesumto auftritt und nach Beschaffenheit der, im Termine vorzunehmenden Handlung [10]) mandato praesumto handeln darf. Dieß ist auch der Grund der Bestimmung in §. 13. des angezogenen Conclusum:

> Die Ungehorsamsbeschuldigung muß entweder von der Partei selbst oder von einem wenigstens hinsichtlich eines Litisconsorten bereits vollständig legitimirten oder nach Maasgabe der Proceßordnung für legitimirt zu achtenden Sachwalter erfolgen;

denn das mandatum praesumtum litis consortis pro litis consorte ist, wie schon oben berührt worden, in den Rechten fundirt.

Alle diese Grundsätze sind auch auf das Versäumniß an der Nothfrist anzuwenden, so weit diese, nach ihrer eigenthümlichen Natur, solches zuläßt.

9) Diese Zeit läuft, was das erste Verfahren betrifft, dem Beklagten mit dem 6ten, und bei Compromissen auf 14 Tage oder 3 Wochen mit dem 12ten oder 18ten Tage, oder wenn für die Antwort auf die Klage durch Compromiß eine bestimmte Frist festgesetzt worden ist, mit dem Ende dieser Frist ab. Vgl. das angez. Conclusum §. 12.

10) Vgl. Biener, l. l. §. 41.

XII.

Ueber die Anwendung der, in der E. P. O. tit. XXIII. §. 2. enthaltenen Bestimmung.

Diese Bestimmung geht dahin, daß dem Beweisführer gestattet sein soll, an die Stelle seiner vor der Abhörung oder auch schon vor der Einreichung des Beweises verstorbenen Zeugen binnen sächsischer Frist a tempore notitiae andere Zeugen, und zwar Einen oder Mehrere, zu benennen. Das Gesetz giebt nach dieser Fassung Anlaß zu verschiedenen, practisch wichtigen Fragen.

Die erste Frage dürfte sein: ob der Richter berechtigt und auch verbunden sei, Dilation der, zur Benennung neuer Zeugen bestimmten sächsischen Frist zu ertheilen? Für die Bejahung der Frage scheint der Umstand zu sprechen, daß der Gesetzgeber das spatium saxonicum zu Benennung neuer Zeugen unverkennbar nach Analogie der gewöhnlichen Beweisfrist einräumt und dem Beweisführer gewissermaasen einen, mindestens der Form nach neuen Beweis gestattet. Dennoch ist die Frage mit besserm Rechte zu verneinen, da die obige Bestimmung offenbar eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand enthält, und die Fristen der Restitutionen, als der singulärsten und letzten Begünstigungen, niemals durch Dilation verlängert werden können.

Eine zweite Frage ist: ob nicht das Gesetz auch dann anzuwenden sei, wenn die Zeugen abgehört worden, und sodann verstorben sind, deren Depositionen aber nicht erlangt werden können?

Dieser Fall ereignet sich z. B. wenn weder der Zeugenrotel, noch die Protocolle über die Zeugenabhörungen aufzufinden sind, obwohl es sonst gewiß, sogar actenkundig sein kann, daß die Zeugenabhörung vor sich gegangen ist. Die Frage scheint, mit alleiniger Ausnahme des Falls, wo die Benutzung der Zeugendepositionen durch die eigne Schuld des Beweisführers unmöglich

geworden ist, bejaht werden zu müssen. Die Verneinenden sagen, die Unmöglichkeit der Benutzung der Zeugendepositionen werde jedesmal durch die Schuld entweder des Beweisführers oder eines Andern herbeigeführt, und es müsse daher der, welchen die Schuld treffe, von dem Beweisführer in Regreßanspruch genommen werden, keineswegs aber dürfe der Gegner des Beweisführers durch eine solche Verschuldung leiden, was doch eintreten würde, sobald dem Beweisführer die Benennung neuer Zeugen gestattet sein sollte. Nun läßt sich wohl nicht verkennen, daß diese Ansicht in so fern einen Schein Rechtens für sich hat, als dem Gegner des Beweisführers die Vortheile des Versäumnisses an dem Beweise und an den Beweismitteln, sobald nicht das Versäumniß durch einen reinen casus herbeigeführt worden ist, in der Regel niemals entzogen werden sollen. Auch wird diese Ansicht einigermaasen dadurch unterstützt, daß bekanntlich, wenn das Versäumniß durch die Schuld des Anwalts herbeigeführt worden, und der Gegenstand des Streites causa aestimabilis ist, dem Beweisführer nicht eher die restitutio in integrum ertheilt werden kann, als dessen Anwalt frustra excussus ist. Allein dennoch ist dieser verneinenden Ansicht nicht beizupflichten. Denn es ist unwahr, daß die Unmöglichkeit, die Zeugendepositionen zu benutzen, in obigem Falle jedesmal auf einer Verschuldung beruhen müsse, vielmehr ist ein casus recht gut denkbar, z. B. ein durch den Blitz entstandenes Brandunglück. Auch kann kaum gezweifelt werden, daß das Gesetz die restitutio in integrum keineswegs auf den reinen Zufall habe beschränken wollen, wenn man mit dem Gesetze die Bestimmung in der A. P. O. Tit. XX. §. 8. in Verbindung bringt. Hier nemlich befindet sich beinahe derselbe Ausspruch, wie er wieder in die E. P. O. Tit. XXIII. §. 2. übergegangen ist, und es bilden beide Stellen, wie Kind quaest. for. T. III. c. 56. nachgewiesen hat, ein Ganzes. Da nun in der A. P. O. dem Beweisführer die Restitution ertheilt wird überall, wenn ihm die Zeugen citra ejus culpam entfallen sind, so ist die Verschuldung eines Andern augenfällig dem reinen Zufalle gleichgestellt. Es findet dieß auch noch in sofern in der Stelle der E. P. O. Bestätigung, als nach dieser der Beweisführer, welcher bereits verstorbene Zeugen benannt hat, nur wenn er schwört, daß er von dem Ableben der Zeugen keine Kenntniß gehabt habe, also wenn er seine culpa eidlich ablehnt, neue Zeugen be-

nennen darf. Uebrigens läßt sich nicht leugnen, daß die Absicht beider Gesetze dahin gerichtet ist, den Beweisführer für den, ohne sein Verschulden eingetretenen Verlust seiner Zeugen zu entschädigen; und wie dieser Verlust eben so gut dann sich ereignet, wenn die Protocolle und Rotel über die Abhörung der nach dieser verstorbenen Zeugen nicht zu erlangen sind, als wenn die Zeugen vor der Abhörung verstorben sind, so ist es wohl unbedenklich, die Geltung der beiden, den Worten nach auf den letztern Fall beschränkten Gesetze auch auf den erstern zu erstrecken. Diese extensive Interpretation rechtfertigt sich um so mehr, als nach den ausdrücklichen Worten der A. P. O. die Restitution auch in dem Falle, daß die Zeugen „unter währendem examine" mit Tode abgehen sollten, ertheilt werden soll, ohne daß die Denomination und Abhörung neuer Zeugen über diejenigen Beweisabschnitte, über welche die verstorbenen Zeugen schon befragt worden sind, für unzulässig erklärt wird. Nicht wenig zweifelhaft aber ist es, ob die Denomination neuer Zeugen an die Stelle abgehörter und nachmals verstorbener Zeugen auch dann statthaft sei, wenn die Zeugenrotel und Abhörungsprotocolle erst nach der Eröffnung jener, nemlich der Rotel, verschwunden sind. Einer so weit gehenden extensiven Interpretation scheint die A. P. O. entgegenzustehen, welche die neue Denomination auf die Zeit ante publicationem attestationum ausdrücklich beschränkt, noch mit größerer Deutlichkeit jedoch die const. elect. XVI. p. 1., wo es wörtlich heißt:

> So soll auch nach der Publication und Eröffnung der Beweisung keinem Theile, er hätte von der Zeugen-Aussage Abschrift bekommen oder nicht, ferner Beweisung oder mehr Zeugen verhören zu lassen gestattet werden.

Allein wenn es möglich ist, daß auch nach Publication der Gezeugnisse und selbst nach abschriftlicher Mittheilung derselben an die Parteien, jeder schriftliche Nachweis über die Zeugendepositionen ohne Schuld des Beweisführers verloren geht, so muß diesem, den der casus hier eben so hart trifft, wie bei dem Verluste, der sich vor der Eröffnung der Rotel ereignet, ebenfalls die Restitution gegeben werden. Die E. P. O. selbst bestätigt dieß dadurch, daß sie die Beschränkung der Denomination auf die Zeit ante publicationem attestationum nicht weiter erwähnt und nur eine Frist bestimmt, binnen welcher die Denomination ge-

schehen muß; die const. el. XVI. aber gehört gar nicht für den vorliegenden Fall, sondern behandelt, ohne Rücksicht auf den Verlust an Beweismitteln, die Frage wegen der testes noviter reperti, von denen weiter unten. Es bestätigt dieß Letztere Kind a. a. O. Noch ist übrigens, ehe wir uns zu einer neuen Frage wenden, zu gedenken, daß in dem Falle, wo es bei dem, durch Verschuldung eines Dritten herbeigeführten Verluste der Abhörungsprotocolle und Rotel zu neuer Zeugendenomination kommt, ein Regreßanspruch gegen den Dritten zugelassen werden muß und durchaus nicht von den beiden Gesetzen ausgeschlossen ist, sowohl Seiten des Beweisführers, wenn die neuen Zeugen nicht zu seinem Vortheile deponiren und deshalb der Proceß einen ungünstigen Ausgang für ihn hat, er aber nachweist, daß die verstorbenen, bereits abgehört gewesenen Zeugen das Beweisthema wirklich bestätigt haben und er, wenn die Depositionen derselben nicht abhanden gekommen wären, den Proceß gewonnen haben würde, als auch Seiten des Gegners des Beweisführers, wenn die neuen Zeugen zu seinem Nachtheile aussagen und eine, ihm ungünstige Sentenz hervorbringen, während nachzuweisen ist, daß die frühern Zeugen ihm günstig ausgesagt haben und, wenn deren Depositionen nicht verloren gegangen wären, mithin es nicht zu einer neuen Zeugendenomination gekommen wäre, nothwendig ein, dem Beweisführer nachtheiliges Erkenntniß hätte ertheilt werden müssen.

Eine dritte Frage: ob an die Stelle des verstorbenen Zeugen auch dann, wenn derselbe ein unzulässiger gewesen ist, neue benannt werden können? ist, dafern der Grund der Unzulässigkeit des Zeugen bereits zur Zeit der Denomination vorgelegen hat, zu verneinen, weil dem Beweisführer eine culpa bei der Denomination zur Last fällt; zu bejahen dagegen, dafern der Grund der Unzulässigkeit erst nach der Denomination sich gezeigt hat.

Eine vierte Frage: ob die Gesetze auch auf den Fall anzuwenden seien, wenn dem Beweisführer die Zeugen auf andere, durch ihn nicht verschuldete Weise, als den Tod, z. B. wegen Flucht, verloren gehen? ist zu bejahen, da auch hier ein zufälliger Verlust der Zeugendepositionen sich ereignet, und die, durch die beiden Gesetze eingeführte Restitution, nach der unverkennbaren Absicht des Gesetzgebers keineswegs auf den Verlust der Zeugen durch frühes Absterben beschränkt werden darf.

Die fünfte Frage: ob mit der Benennung neuer Zeugen auch neue Beweisartikel überreicht werden dürfen? muß bejaht werden, weil nicht angenommen werden kann, daß ein Zeuge gerade dieselbe Wissenschaft habe, wie der andere, und daher die, von einem jeden Zeugen zu beantwortenden Artikel nach dessen muthmaaßlicher Wissenschaft einzurichten sind.

Eben so muß die sechste Frage: ob ein neuer Gegenbeweis zu gestatten sei, wenn neue Beweisartikel mit der Benennung neuer Zeugen überreicht worden sind? bejaht werden, indem ein Gegenbeweis in der Regel so oft zugelassen werden muß, als ein neuer Beweis geführt wird.

Diese zuletzt gedachten vier Fragen sind hier nur flüchtig berührt worden, weil sie, und zwar auf die angegebene Weise, bereits durch Berger, in elect. discept. for. tit. 20. obs. 5. not. 3. et 5., in oecon. jur. libr. 4. tit. 24. thes. 15. not. 7., so wie durch Kind a. a. O., beantwortet worden sind, womit zu vergleichen Biener, syst. proc. jud. §. 129. not. 3. 4. ed. IV. Sie mußten jedoch hier, um das Thema zu erschöpfen, wieder aufgenommen werden.

In Betreff der sechsten Frage ist nur noch zu bemerken, daß wenn es sich handelt um Benennung neuer Zeugen an die Stelle in Wegfall gekommener Zeugen, welche bei dem directen Gegenbeweise gebraucht worden sind, und den neuen Zeugen neue Gegenbeweisartikel vorgelegt werden, die Einreichung von Gegenbeweisartikeln Seiten des Reproducten nicht zulässig sein kann, nach der bekannten Regel: reprobatio reprobationis non datur. Bei der Benennung neuer Zeugen zu dem indirecten Gegenbeweise ist es natürlich anders, da dieser Gegenbeweis ein wirklicher Beweis ist.

Eine siebente Frage ist: was unter dem tempus notitiae zu verstehen sei, von welchem an der Lauf der, in der Stelle der E. P. O. bestimmten sächsischen Frist zu Benennung neuer Zeugen beginnt? Offenbar muß man denjenigen Zeitpunkt darunter verstehen, zu welchem der Beweisführer Kenntniß erhält von der Unmöglichkeit, die Depositionen seiner Zeugen zu erlangen. Dieser Zeitpunkt wird, sobald es sich um den Verlust noch nicht abgehörter Zeugen fragt, dann vorhanden sein, wenn der Beweisführer erfährt, daß die Zeugen verstorben, verschollen sind u. s. w. Handelt es sich dagegen um den Verlust der Depositionen bereits

abgehörter Zeugen, so kann die Denominationsfrist nicht eher zu laufen beginnen, als bis Gewißheit auch darüber vorhanden ist, daß mit den Zeugen auch die Abhörungsprotocolle und die Rotel verloren gegangen sind, und die bereits früher dem Beweisführer von dem Tode, dem Verschollensein der Zeugen gewordene Notiz ist ihm, wenn auch von deren Erlangung an schon längst die sächsische Frist verstrichen sein sollte, ganz unnachtheilig, weil es immer denkbar bleibt, daß die Protocolle und die Rotel noch herzukommen. Eben deshalb ist in einem solchen Falle die sonst wohl übliche eidliche Angabe der Zeit, zu welcher der Beweisführer den Wegfall seiner Zeugen in Erfahrung gebracht hat, in der Regel überflüssig. Dieß ist ohnlängst in einem Falle von der Juristenfacultät anerkannt worden, wo die sächsische Frist von Leistung des, dem Gerichte in Betreff der fehlenden Abhörungsprotocolle und Rotel auferlegten Editionseides an gerechnet wurde.

Endlich die achte Frage: ob der Beweisführer an die Stelle der in Wegfall gekommenen Zeugen testes noviter reperti benennen könne? Die verneinende Beantwortung beruft sich auf das Rescript vom 22. Nov. 1821. (G. S. p. 153.), in welchem die Benennung und Abhörung neu aufgefundener Zeugen nach Ablauf der Beweisfrist für unzulässig erklärt wird. Diese Berufung scheint jedoch nicht passend, indem das Rescript blos den Fall behandelt, wo der Beweisführer, ohne einen Verlust an den Depositionen seiner Zeugen erlitten oder wohl gar ohne während des Laufes der Beweisfrist irgend einen Zeugen benannt zu haben, nach Ablauf der Beweisfrist Zeugen benennt, von denen er früher keine Kenntniß gehabt hat. Von diesem Falle ist der gegenwärtige ganz verschieden, wo dem Beweisführer zur Benennung neuer Zeugen ohne Beschränkung eine Frist gestattet ist. Es muß daher dem Beweisführer erlaubt sein, an die Stelle seiner verstorbenen Zeugen auch solche zu benennen, von denen er erst nach Ablauf der frühern Beweisfrist Kenntniß erlangt hat.

XIII.

Kann eine Partei, deren Aufenthalt unbekannt geworden ist, zur Vornahme einer processualischen Handlung öffentlich geladen werden?

Die öffentliche Vorladung ist bekanntlich, gleich der andern extraordinaria citatio, nemlich der Realcitation, subsidiärer Art; sie kann blos, wenn die mündliche oder schriftliche Privatladung unwirksam sein würde, in Anwendung kommen. Das gemeine Recht, welches zumeist auf der Doctrin beruht [1]), und die Particularrechte nehmen übereinstimmend drei Fälle an, wo die Privatladung ihren Zweck nicht erfüllt, und lassen daher die öffentliche Vorladung zu,

1) wenn die Namen der zu Citirenden unbekannt sind, also die Privatladung nicht anwendbar ist, weil sie nicht auf bestimmte Personen gerichtet werden kann,

2) wenn zwar der Name, jedoch nicht der Aufenthalt, des zu Citirenden bekannt ist, also die etwa zu erlassen gewesene Privatladung nicht privatim insinuirt werden kann,

3) wenn zwar Beides, Name und Aufenthalt des zu Citirenden, bekannt ist, jedoch die Insinuation der Privatladung entweder weil der Vorgeladene sie auf alle mögliche Weise zu hindern sucht oder weil der auswärtige Richter sie nicht gestattet,

---

1) Das römische und canonische Recht, so wie die Reichsgesetze haben nur wenige Spuren von der öffentlichen Vorladung. S. Haase, über Edictalladungen u. s. w. Leipzig 1817. §. 1. not. 3. Schweppe, römisches Privatr., 4te Aufl. §. 184. G. E. Schmidt, diss. ad legem Saxonicam, die Edictalcitationen ꝛc. betreffend, v. 13. Nov. 1779. Dresd. 1840. §. II. III. Glück, Pand. Comm. Bd. III. p. 356.

oder weil sie wegen Unsicherheit des Orts oder der Zeitumstände nicht räthlich erscheint, nicht geschehen kann [2]).

Wie nun schon die Lehrer des gemeinen Rechts einzelne Fälle genau bestimmen, in welchen nach dieser Tripartition die öffentliche Vorladung angewendet werden soll (vgl. Glück, a. a. O.), so ist solches noch sorgfältiger durch die Particulargesetzgebungen geschehen, und namentlich soll in Sachsen nach den Bankerottirmandaten vom 22. Dec. 1766. und 2. Aug. 1783. bei dem formellen Concurse, und nach dem Mandate, die Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betreffend, vom 13. Nov. 1779. in den dort genannten Fällen die öffenliche Vorladung Platz greifen. Allein über die in der Aufschrift gestellte Frage ist weder von den Lehrern des gemeinen Processes ein bestimmter Ausspruch geschehen, noch von dem sächsischen Rechte eine ausdrückliche Verfügung getroffen, und es findet sich nur die bejahende Beantwortung der Frage in dem Falle, wo es sich um Leistung des angetragenen Eides handelt, bei Kind, quaest. for. T. III. cap. 71. exeunte, und bei Haase, in der Nota 1. angezogenen Schrift §. 3. not. 45., so wie endlich bei v. Hartitzsch, Entscheidungen pract. Rechtsfragen, Leipzig, 1840. vox: Abwesender [3]). Die Frage ist aber unbestritten von großer Wichtigkeit, und es ist daher wohl der Mühe werth, sie nebst der Ansicht Kinds, welche von Haasen und von Hartitzsch nur wiederholt wird, nochmals näher ins Auge zu fassen.

---

2) Die Vorladung in dem Falle unter 1. ist jederzeit auf eine Mehrheit von Personen, auf eine Gesammtheit von Interessenten gleicher Art, z. B. auf alle Gläubiger, gerichtet, die Vorladungen in den Fällen unter 2. und 3. dagegen können eben so gut einzelne, wie eine Mehrheit von Personen zum Gegenstande haben. Auch ist eine Verbindung der Vorladungen der verschiedenen Fälle mit einander zulässig, und die Particularrechte ordnen dieß bisweilen ausdrücklich an, z. B. das sächsische Recht, indem es die Vorladung des Abwesenden, über dessen Leben oder Tod, und der Erben desselben, über deren Erbanspruch erkannt werden soll. Eben so setzen bisweilen die Particularrechte aus proceßpolizeilichen Gründen die Subsidiarität der öffentlichen Vorladung bei Seite, z. B. das sächsische Recht, indem es die Vorladung der bekannten Gläubiger mit der der unbekannten verbindet.

3) In den Erörterungen pract. Rechtsfragen v. Kori und Langenn 2te Ausg. Abh. XVI. wird wohl auch unsere Frage, und zwar im Allgemeinen, erwähnt und bejaht. Allein da ihrer blos beiläufig und einleitungsweise zu der Frage über die Form der öffentlichen Vorladung außerhalb des Concurses, zudem auch als einer längst nicht mehr zweifelhaften, mit Bezug auf Haase a. a. O., gedacht wird, so ist diese Abhandlung nicht mit in den Text gezogen worden.

Zuvörderst ist zu wissen nöthig, von welchem Falle die Frage zu verstehen sei? Ist die processualische Handlung, welche von der abwesenden Partei, deren Aufenthalt unbekannt geworden ist, vorgenommen werden soll, der Art, daß sie eben so gut von einer dritten Person, wie von dem Abwesenden, vorgenommen werden kann, und hat der Abwesende einen gehörig bestellten Anwalt zurückgelassen, so wird von der Nothwendigkeit einer öffentlichen Vorladung gar nicht die Rede sein können; es genügt die Privatladung, welche dem Anwalte insinuirt wird, und es treten die Nachtheile des Ungehorsams ein, wenn der Anwalt die, seinem Clienten aufgegebene Handlung nicht vollbringt. Hat der Abwesende keinen Bevollmächtigten zurückgelassen, so muß ihm von der, dazu competenten Obrigkeit ein Curator bestellt werden, und es ist sodann an diesen eine Privatladung zu erlassen, auch von diesem, wenn nicht die Nachtheile des Ungehorsams eintreten sollen, die Handlung vorzunehmen. Ist dagegen die Handlung eine solche, welche nur von der Person des Abwesenden vollbracht werden kann, oder eine solche, welche der Anwalt und der Curator, unbeschadet der Rechte des Abwesenden, von sich ablehnen kann, wie z. B. die Leistung des angetragenen Eides, welche nach der Meinung mehrerer Lehrer des gemeinen Processes (s. Reinhard, Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes, Th. II. §. 229.) dem Anwalte, und nach sächsischem Rechte (s. die E. P. O. Tit. XVIII. §. 4.) dem curator absentis gestattet ist, so fragt es sich, ob der Abwesende öffentlich zur Vornahme der Handlung, mit der Wirkung, daß der angedrohte Nachtheil in der Hauptsache eintrete, eingeladen werden könne? Kind, Haase, und v. Hartitzsch bejahen solches, indem sie sagen, es brauche die andere Partei im Processe sich nicht gefallen zu lassen, daß der Rechtsstreit bis zu der ungewissen Rückkehr oder Auffindung des Abwesenden suspendirt werde. Es erscheint jedoch dieser Grund keineswegs als genügend, denn wenn es auch wahr ist, daß in der Regel keiner Partei im Processe gestattet werden darf, den Proceß einseitig zu sistiren, so leidet dieß doch dann eine Ausnahme, wenn die eine Partei, von welcher die Veranlassung zu Sistirung des Processes ausgeht, oder wohl auch beide Parteien zur Classe der beneficirten Personen gehören, wie denn in einem solchen Falle, wegen des so häufig in die Mitte tretenden beneficium restitutionis in integrum, die Proceßrechte der beiden Parteien nicht mehr einan-

der gleichen können. Nun gehören die non vituperabiliter absentes zu den beneficirten Personen, und sie erhalten gerade in Betreff derjenigen Vorgänge Restitution, welche sich während ihrer Abwesenheit ereignet haben. Es ist dieß mit einer gewissen Allgemeinheit ausgesprochen in fr. 28. pr. D. ex quibus causis majores (IV. 6.):

Nec non et si quis de causa probabili abfuerit, deliberare debet praetor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto, ne decipiatur per justissimam absentiae causam [4]).

S. noch Glück, Pand. Comm. Bd. VI. §. 467. ff. p. 28. ff. Für non vituperabiliter absens muß aber jeder so lange erachtet werden, als ihm nicht ein dolus malus s. poenalis nachgewiesen wird, und es ist keineswegs streitig, daß gegen die vituperabiliter absentes mit der öffentlichen Vorladung verfahren werden könne. Vergl. Sam. Stryk, diss. de desertione conjugum malitiosa, Francofurti 1687. §. 38. Carpzov, jurispr. ecclesiast. s. consistor. lib. III. tit. V. def. 62. Godofr. Reinh. Koeselis (praes. Bastineller) diss. de citatione edictali, Vitemb. 1718. §. 18—20. Jedenfalls müßte daher die restitutio in integrum wider das, zu Folge der öffentlichen Vorladung angewendete Präjudiz in der Hauptsache dem non vituperabiliter absens von Zeit seiner Wiederkehr oder, Falls der Tod desselben vere oder ficte gewiß würde, dem Erben des Vorgeladenen von Zeit dieser Gewißheit an ertheilt werden, und dieß selbst dann, wenn in der Vorladung der Verlust der Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedroht worden wäre, weil die Restitution auch wider diese Commination gegeben werden müßte — es bliebe mithin die öffentliche Vorladung ohne Erfolg. Dieß muß sie aber auch bleiben, abgesehen von dem beneficium restitutionis in integrum, noch aus folgenden Gründen. — Keine Citation kann ohne die Insinuation rechtliche Wirkung haben. So wie nun überhaupt die Insinuation in Wirklichkeit dem Geladenen geschehen, d. h. in Wirklichkeit demselben Kenntniß von der Ladung zugekommen

---

4) Unerfindlich ist es uns, wie v. Hartitzsch diese Stelle hat benutzen können zu dem Beweise, daß die Rückkehr des Abwesenden nicht brauche abgewartet zu werden.

sein muß, so ist dieß ganz besonders dann nothwendig, wenn dem Geladenen eine Handlung auferlegt wird, die nur er vornehmen kann. Dieß ist so lange Rechtens, als nicht die Gesetze ein Anderes festsetzen, und sie haben hinsichtlich der non vituperabiliter absentes, welchen eine persönlich zu verrichtende Proceßhandlung obliegt, nichts Anderes festgesetzt. Deshalb wird auch von den Lehrern des gemeinen Processes die öffentliche Vorladung in dem oben unter Nr. 2. angezeigten Falle, außer gegen vituperabiliter absentes, blos noch gegen Vagabunden gestattet, weil diese gar kein domicilium haben, zwecklos umherziehen und den vituperabiliter absentes sehr ähnlich sind. S. die bei Glück, a. a. O. Bd. III. §. 223. p. 259. not. 72. angezogenen Schriftsteller. Thomasius tract. de vagabundo s. eo, qui est sine domicilio, cap. II. §. 127. sqq. warnt noch besonders den Richter, einen Abwesenden ohne Weiteres öffentlich zu citiren, und sagt, der citirende Richter könne sich durch die Vorladung leicht eine actio injuriarum zuziehen. Mehr Gründe noch, die aufgeworfene Frage zu verneinen, finden sich in dem sächsischen Rechte. Die E. P. O. Tit. XVIII. §. 4. bestimmt ausdrücklich, daß wenn der Eid einem Eidesunmündigen deferirt worden ist, welchem keine, bei dem Processe gleich betheiligten Eidesmündigen zur Seite stehen, entweder der Vormund den Eid leisten oder, wenn besondere erhebliche Ursachen vorhanden sind, dem Richter die Aussetzung des Eides bis zur Eidesmündigkeit unbenommen sein soll. Auch heißt es in derselben Gesetzstelle, daß dieses auch von den Curatoren blöder, wahnwitziger, abwesender und anderer dergleichen Personen zu verstehen sei, und daß wenn die Curatoren den, ihren Curanden auferlegten Eid zu leisten nicht vermöchten, solches den Letztern an ihren Rechten unschädlich sein solle. Es liegt in der Natur der Sache, und die Praxis hat es, wie Kind a. a. O. bestätigt, längst anerkannt, daß auch die Weigerung des tutor, des curator, den angetragenen Eid zu leisten, unter die Ursachen, die Eidesleistung nicht vor sich gehen zu lassen, zu rechnen sei. Das Gesetz handelt also von einem solchen processualischen Act, zu welchem der tutor, der curator, nicht gezwungen werden kann, und die angeführte ganz generelle Schlußbestimmung läßt es wohl nicht bezweifeln, daß das Gesetz den Act processualisch völlig gleich behandelt wissen wolle, der Pflegbefohlne mag nun ein curandus oder ein tuendus sein. Kind beschränkt freilich das Ge-

setz, indem er sagt, der curator könne wohl die Eidesleistung ohne Nachtheil für den Curanden verweigern, die Eidesleistung dürfe jedoch nicht aufgeschoben werden, wenn die andere Partei sie verlange. Allein es ist dem Ausspruche kein, dem doch ganz generell gefaßten Gesetze entlehnter Grund untergelegt, es ist daher auch keiner zu widerlegen. Das sächsische Recht gestattet sonach, die Eidesleistung zu verschieben, sie mag dem Unmündigen oder dem Abwesenden obliegen; und wie eben die Eidesleistung ein solcher processualischer Act ist, welchen der tutor, der curator, nicht vorzunehmen braucht, so muß das Gesetz nach der Regel: par ratio legis, par applicatio auch auf die processualische Behandlung jedes andern gleichen Acts angewendet, und mithin jeder Act der gedachten Art, dem Widerspruche der Gegenpartei ohnerachtet, verschoben werden können. Die Verschiebung selbst aber muß sich natürlich bis zu dem Zeitpunkte erstrecken, zu welchem über die Wiederkehr, d. h. den Aufenthalt oder über den Tod des Abwesenden, Gewißheit erlangt worden ist. In dieser Weise ist auch jüngst von der Facultät erkannt worden. Der Fall kann zur richtigen Auffassung der gestellten Frage beitragen, er mag daher hier noch erzählt sein. Rosalie Ludmilla M. trug auf öffentliche Vorladung an zum Zwecke, ihren Vater Friedrich M. für todt erklären lassen zu können. Es ward erkannt, daß die M. — den bekannten Nachrichtseid schwören solle, nach dessen Erfolge ihr Vater für todt, dessen Nachlaß für ihr angefallen und die Anmeldung der Kinder von Friedrich Julius T. für erledigt zu achten sei. Mit dieser Anmeldung hatte es folgende Bewandniß. Dem Abwesenden waren in einem Testamente die Zinsen eines Capitals von 500 Thlrn. legirt, mit der nähern Bestimmung, daß nach dem Tode des M. das Capital den Kindern desselben oder, wenn deren nicht vorhanden wären, genanntem T. oder, Falls dieser dann verstorben sein würde, dessen Kindern zufallen solle. Die Kinder des T. hatten sich nun zu Erlangung der 500 Thlr. gemeldet. Nach Rechtskraft des Erkenntnisses war die M. nicht ausfindig zu machen, die T.schen Kinder stellten den Antrag, ihnen die 500 Thlr. ohne Weiteres zuzusprechen, und das Gericht glaubte, die M. öffentlich citiren zu können, mit der Androhung, daß im Falle ihres Außenbleibens der Eid für verloren erachtet und über den Antrag der T.schen Kinder erkannt werden solle. Die Facultät erklärte die Vorladung

der M. für unstatthaft, und erkannte, daß die Abwesenheitscuratel über M. fortgestellt werden müsse, so lange nicht der Eid von der M. geleistet oder der Tod der Letztern nachgewiesen oder diese für todt erklärt oder von M. das 90te Lebensjahr erfüllt, und sodann anderweit über M. Todeserklärung und über dessen Nachlaß erkannt worden sei.

XIV.

Wie muß der Verwandtschaftsnachweis in Edictalsachen wegen Abwesender und wegen unbekannter Erben beschaffen sein?

Nach §. 112. 113. des Sächsischen Intestaterbfolgemandates vom 31. Januar 1829 hat ein Anverwandter, um den Nachlaß eines ab intestato Verstorbenen erwerben zu können, nicht blos die Verwandtschaft überhaupt, sondern auch den Umstand zu beweisen, daß diejenigen Personen, durch deren Existenz seine eigne oder die des Erblassers oder Beider bedingt ist, sofern dieselben nach den Regeln der Intestaterbfolge ihn ganz ausschließen oder doch zugleich mit ihm succediren würden, dem erhobenen Anspruche, entweder weil sie vor dem Erbschaftsanfalle verstorben sind oder aus sonst einem Grunde, nicht entgegenstehen. In §. 114. sind die Personen, auf welche dieser Nachweis zu richten ist, angezeigt, und es ist zugleich daselbst und in §. 116. ausgesprochen, daß Ehegatten, welche den ganzen Nachlaß des Verstorbenen in Anspruch nehmen, den Wegfall der succeſſionsfähigen Adscendenten des Erblassers, aber auch nur diesen, darzuthun haben. Nach §. 118. endlich soll überall ein solcher Nachweis nicht erforderlich sein, wo beigebracht worden ist, daß seit der Geburt solcher Personen 90 Jahre verflossen sind.

Es fragt sich, ob dieser strenge Beweis, welcher von den Anforderungen des gemeinen und des frühern sächsischen Rechts (vergl. const. elect. 18. p. III. Carpzov. ad eand. defin. 28. Berger, oecon. jur. lib. II. tit. 4. th. 54. not. 2., Kind, quaest. for. Tom. II. c. 84. ed. nov.) gänzlich abweicht, auch in den Fällen nothwendig sei zu Ausübung des Intestaterbfolgerechts, wo durch Edictalladung entweder ein Abwesender und dessen Erben oder auf Antrag bekannter Erben zu dem Nachlasse eines Verstorbenen, dessen Tod ausgemacht gewiß ist, die noch unbe-

kannten Erben, nach Anleitung des bekannten Mandats vom 13. Nov. 1779., zu Verfolgung ihrer Rechte citirt werden?

Die verneinende Meinung, also die Annahme, daß in solchen Fällen der sich anmeldende und beziehentlich der, die Edictalladung ausbringende Erbprätendent blos seine Verwandtschaft mit dem Erblasser und beziehentlich seine Eigenschaft als Ehegatte desselben nachzuweisen habe, scheint den Vorzug zu haben vor der bejahenden, wie auch Hänsel in seiner Ausgabe von Curtius, Handbuch des sächsischen Civilrechts §. 951. not. a. mit Hinweis auf eine frühere, jedoch nicht näher von ihm angezeigte, auch nicht auffindbare Stelle erklärt. Die Gründe dieser Meinung sind in dem Zwecke der erwähnten Proceßarten zu finden. Die Edictalladungen werden erlassen, um die Ungewißheit über das Leben eines Abwesenden und über das Vorhandensein überhaupt von Erben oder insbesondere von mehrern Erben zu heben. Deshalb wird auch den Ladungen die Commination beigefügt, daß alle außenbleibende Erbinteressenten für präcludirt, ihrer Ansprüche an den Nachlaß für verlustig sollen erachtet werden. Diese Commination würde geradehin unnütz sein, und die hauptsächlich auf deren Grund hin im Erkenntnisse ausgesprochene Präclusion, die doch sicher nichts Anderes, als die Erklärung enthält, daß die Außengebliebenen für gar nicht oder für nicht mehr existent in Bezug auf den Fragefall anzusehen seien, würde einen offenen Widerspruch involviren, wenn der Richter von denen, die zu Geltendmachung eines Intestaterbfolgerechts sich angemeldet haben, den Nachweis des Wegfalls der in §. 113. und 114. des Mandats vom 31. Jan. 1829. gedachten Personen verlangen wollte. Durch ein solches Verlangen würde der Richter, indem er gerade diejenigen Personen, welche als nichtexistent anzusehen sind, für existent, für bekannt, für gehörig angemeldet erklärt, das ganze Wesen der gedachten Präclusionsprocesse alteriren, er würde, indem er auf diese Weise dem nicht angemeldeten, in der That dem Erblasser näher oder gleich nahe verwandten Erbinteressenten ein Recht verleiht, das durch die Ladung begründete Recht des im Termine erschienenen Erbprätendenten vereiteln, und er würde sogar, indem er das Außenbleiben im Termine nicht für einen Nachweis des Wegfalls der, in §. 114. des gedachten Mandats erachtet, die allgemeine Disposition in §. 113.,

nach welcher die Art dieses Nachweises auf keine Weise beengt ist, ohne irgend einen Interpretationsgrund beschränken.

Man macht nun zwar gegen die aufgestellte Ansicht den Umstand geltend, daß das Mandat in §. 113. ganz allgemein sich ausdrücke, ohne den Fall der erwähnten Edictalprocesse auszunehmen. Allein aus dieser Allgemeinheit ist kein Grund für die gegentheilige Meinung zu entnehmen, da das Mandat nirgends mit formellen Proceßbestimmungen, namentlich nicht mit allgemeinen, sich befaßt, also gerade die für jene Edictalproceßarten bestehenden formellen Vorschriften unangetastet läßt, welche es vielmehr, wenn es sie hätte aufheben wollen, ohne allen Zweifel in dieser Weise erwähnt haben würde. Man hat ferner gesagt, es müsse doch wenigstens der sich anmeldende Erbinteressent den nunmehr eingetretenen Wegfall derjenigen Personen, welche zu den in §. 114. des Mandats genannten gehören, nachweisen, deren er selbst in einer, zu den Proceßacten gegebenen Erklärung als existent vorher gedacht hat, indem mit einer solchen Erwähnung die Personen bekannt worden seien. Allein auch hierin ist den Gegnern nicht beizupflichten, da in den erwähnten Proceßarten für bekannte Erben nur diejenigen gehalten werden können, welche gehörig angemeldet worden sind, nun aber eine Erwähnung der gedachten Art für eine wirkliche Anmeldung keineswegs angesehen werden mag. Ist freilich eine, zu den in §. 114. des Gesetzes Genannten gehörige Person angemeldet worden, und es behauptet ein zweiter, dem Erblasser entfernter stehender Erbprätendent, daß jene inzwischen weggefallen sei, so muß auch dieser Wegfall dargethan werden. Dieser Fall widerlegt jedoch die hier vertheidigte Ansicht durchaus nicht, indem derselbe weniger von dem Gesichtspunkte des Nachweises eines Erbrechts, als von dem Gesichtspunkte des Nachweises einer, im Laufe des Processes vorgekommenen Personenveränderung zu betrachten ist. Man hat weiter erinnert, daß in dem Falle, wo bekannte Erben die Edictalladung der noch unbekannten ausbringen, jene doch ohne Zweifel, eben weil sie vom Anfange herein bekannt gewesen, den strengen Nachweis ihres Erbrechts führen müßten, und daß mithin, weil entgegengesetzten Falls die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien ungleich behandelt werden würden, auch die im Termine angemeldeten, vorher unbekannten Erben ebenmäßig den strengen Anforderungen in §. 113. des Mandats sich zu un-

terziehen hätten. Wie jedoch die Voraussetzung, von welcher man hierbei ausgeht, unrichtig ist, so muß auch die gezogene Folgerung unrichtig sein. Denn die bekannten Erben bringen die Edictalladung aus, um eben alle diejenigen, welche ihrem Anspruche sich entgegenstellen könnten, kennen zu lernen, und die Nichterscheinenden müssen auch im Verhältnisse zu denen, welche die Ladung ausgebracht haben, als Nichtvorhanden erachtet werden. Gerade zu dem Zwecke, dem in §. 113. des Mandats vorgeschriebenen strengen Nachweise überhoben zu werden, dient den bekannten Erben die öffentliche Vorladung der unbekannten.

XV.

Ueber die Zulässigkeit der Intervention im summarischen Besitzprocesse und in Spoliensachen.

Bekanntlich pflegt man drei Arten der Intervention anzunehmen, die accessoria, auch minus principalis genannt, welche darin besteht, daß der Intervenient einem streitenden Theile freiwillig und in der Absicht sich anschließt, ihm zum Siege zu verhelfen und dadurch zugleich sein eignes Interesse wahrzunehmen, die principalis, wodurch der Intervenient die Ansprüche beider Parteien an dem Streitobjecte zu vernichten und die seinigen allein geltend zu machen sucht, die mixta, durch welche beide Zwecke verfolgt werden sollen [1]).

Alle drei Arten sind dem Civilprocesse eigenthümlich [2]), und die Proceßlehrer stellen als Regel auf, daß die interventio bei allen Arten des Civilprocesses, des ordentlichen, wie des summarischen, zulässig sei [3]). Nur darüber sind die Meinungen getheilt, ob die Intervention auch im summarischen Besitzprocesse und im Spolienprocesse zugelassen werden könne. Gottschalk an dem, not. 1. angezogenen Orte hat über den ersten Theil dieser Frage, nemlich über die Zulässigkeit der Intervention im summarischen

---

1) Vgl. Gottschalk, disc. for., T. II. cap. 11. ed. II. Die mixta, welche man auch irregularis, impropria, anomala nennt, ist in der That weiter nichts, als eine interventio principalis, und es erinnert Linde, Lehrb. des gem. Civilprocesses, 5te Ausg. §. 111. not. 1. mit Recht, daß von dem größern oder geringern Umfange der interventio principalis eine Eintheilung der interventio überhaupt nicht entlehnt werden könne. Ganz unstatthaft aber ist die Ansicht von Biener, syst. proc. jud. ed. nov. §. 314. not. 6., welcher meint, daß die interventio mixta bald in eine minus principalis, bald in eine principalis übergehe. Die mixta, wenn der Begriff einmal zulässig sein soll, ist jeder Zeit principalis und minus principalis interventio zugleich.

2) Biener, l. l. §. 315. Berger, oec. jur. ed. Winkler. lib. IV. tit. XXVII. th. II. not. 7. vertheidigt auch die Zulässigkeit der Intervention im Criminalprocesse.

3) Biener, l. l.

Besitzprocesse, ausführlich gehandelt, und hat unter erschöpfendem Nachweise der Literatur die drei gewöhnlichen Ansichten dargestellt. Einige vertheidigen die Zulässigkeit der Intervention unbedingt; Andere verneinen sie eben so unbedingt; noch Andere wollen sie wenigstens dann unstatthaft finden, wenn Gefahr auf dem Verzuge steht. Gottschalk selbst befolgt keine dieser Ansichten, sondern erklärt die interventio accessoria für zulässig, die principalis und mixta dagegen für unzulässig. Es sind seine Gründe für die Zulässigkeit der accessoria so erschöpfend und klar, daß man nur das von ihm Gesagte wiederholen könnte, wenn man sich einer nochmaligen Vertheidigung der interventio accessoria in possessorio summariissimo unterziehen wollte. Es muß daher genügen, in dieser Beziehung auf dessen Abhandlung zu verweisen. Dagegen scheinen die von ihm und auch von Andern aufgestellten Gründe gegen die Zulässikeit der interventio principalis und mixta im summarischen Besitzprocesse nicht genügend zu seyn.

Zuerst führt man an, diese Art des Besitzprocesses sei nicht juris, sondern facti, und deshalb sei die Intervention unstatthaft [4]). Hierin liegt die Behauptung, daß die Intervention jederzeit juris sei, und daß durch die Zulassung der Intervention im summarischen Besitzprocesse eine unstatthafte Mischung des Streites über das factum possessionis und des Streites über das jus possessionis entstehe. Allein die Intervention kann eben so gut facti, als juris seyn, und man braucht, um dieß zu beweisen, blos an den, doch gewiß nicht seltenen Fall zu denken, daß ein Dritter mit der Behauptung auftritt, es stehe nicht dem Kläger, sondern nur ihm, dem Dritten, der durch die Handlung des Beklagten gestörte sogenannte jüngste Besitz zu, es sei mithin nicht der Kläger, sondern vielmehr er, der Intervenient, in dem Besitze gestört. Die gefürchtete Mischung verschiedenartiger Proceßgattungen aber würde wenigstens dann nicht geeignet sein, die interventio, quae juris est, zurückzuweisen, wenn der Streitgegenstand geringfügig ist, da bekanntlich nach §. 2. des Mandats vom 28. Novbr. 1753. in geringfügigen Rechtssachen „zwischen dem possessorium und petitorium kein Unterschied gemacht werden soll," was nach der richtigen, jetzt allgemein angenommenen Ansicht so zu verstehen ist, daß wenn wegen eines geringfügigen Ob-

4) Biener, l. l., Gottschalk l. l. p. 148.

jects der summarische Besitzproceß eröffnet worden ist, den Parteien die Einmischung des Streites über das jus possessionis gestattet und, wenn dieses im Fortgange des Streites sich herausstellt, sofort über dasselbe, mit Uebergehung der possessio momentanea, erkannt werden soll.

Die übrigen Gründe der Zurückweisung der interventio principalis und mixta aus dem summarischen Besitzprocesse sollen darin liegen, daß diese Art der Intervention eine besondere Klage, die Anberaumung eines neuen Termins, ein besonderes Verfahren, die Suspendirung des bereits erhobenen Processes und endlich nach Vorschrift der E. P. O. tit. XV. §. 1., dafern der Richter oder die Partei es verlangt, die eidliche Bestärkung des Umstandes, „daß der Intervenient erst innerhalb der nächsten sächsischen Frist vor der Intervention von dem angestellten Hauptprocesse oder von seinem jus interveniendi Wissenschaft erlangt habe" erheische, und dadurch der Besitzproceß, der doch auf schnelle Berichtigung des Besitzstandes berechnet sei, gar sehr aufgehalten werde. Wenn nun aber auch zugegeben werden muß, daß durch alle vorerwähnte Handlungen und auch durch den, in der E. P. O. tit. XV. §. 3. gedachten Gefährdeeid, welcher bei der interventio principalis und mixta vorkommen kann, eine Verzögerung des Besitzprocesses herbeigeführt wird, so wie daß dieser Proceß so schnell, als thunlich, zu Ende gebracht werden soll, so ist doch von der andern Seite nicht unbeachtet zn lassen, daß diese Proceßbeschleunigung mit der Beeinträchtigung der Rechte der Parteien oder auch dritter Personen nicht erkauft, und daß der mit Recht in einem Proceß sich einmischende Dritte, dessen Intention dahin geht, nachzuweisen, daß der Proceß in Betreff der einen oder der andern Partei ganz oder theilweise unstatthaft sei, keineswegs deshalb, weil seine Einmischung die Entscheidung des Processes verzögere, zurückgewiesen werden darf. Ueberdem kann auch eine Verzögerung des Besitzprocesses durch den Gefährdeeid vorkommen, ohne daß eine Intervention vorliegt, z. B. wenn die eine oder andere Partei zu wiederholten Malen Zeugen benennt, und es wird dann nicht gesagt werden können, daß der Gefährdeeid unzulässig sei, weil er den Fortgang des Processes aufhalte.

Daß aber ein Dritter bei dem summarischen Besitzprocesse hauptsächlich interessirt sein könne, leidet wohl keinen Zweifel. Biener selbst, welcher doch jede Art der Intervention von dem

summarischen Besitzprocesse ausgeschlossen wissen will [5]), gesteht a. a. O. die Intervention für die zwei Fälle zu, wo von dem Verpachter zum Schutze seines eigenen Besitzes in einem, von dem Pachter oder gegen denselben erhobenen summarischen Besitzprocesse [6]), oder von einem Gemeindegliede oder auch von der ganzen Gemeinde auf den Grund eines Mitbesitzes im summarischen Besitzprocesse zwischen einem Gemeindegliede und einer dritten Person intervenirt wird; und er untergräbt mit diesen Ausnahmen seine ganze Ansicht, indem er die Möglichkeit einer interventio principalis und mixta, quae facti est, zugesteht.

Auch ist in der That diese Möglichkeit nichts Außerordentliches. Schon oben ist dieß angedeutet worden. Warum soll es nicht denkbar sein, daß ein Dritter mit der Behauptung auftritt, der Kläger finde sich gar nicht oder nur theilweise in der behaupteten possessio novissima oder es sei das angebliche factum turbativum nicht von dem Beklagten, sondern von ihm, dem Intervenienten, oder von ihnen Beiden vorgenommen worden, und befinde sich er, der Intervenient, allein oder zugleich mit dem Beklagten in einem, dem Kläger entgegenstehenden, zu dem angeblichen factum turbativum berechtigenden Besitzstande? Es scheint daher jede Art der Intervention im summarischen Besitzprocesse zugelassen werden zu müssen.

Das Gleiche ist auch in Betreff des Spolienprocesses anzunehmen, bei welchem Biener [7]) und Berger [8]) gar keine Art der Intervention gestatten. Die Gründe für die Zulassung der Intervention passen auf den Spolienproceß um so mehr, als dieser nicht summarisch verhandelt wird [9]).

---

5) l. l. §. 315. not. 7.

6) Vgl. noch Rivinus, enunc. tit. XV. 10.

7) l. l. §. 315. not. 7.

8) l. l. not. 3.

9) Kori, und von Langenn, Erörterungen practischer Rechtsfragen, 2te Ausg. Leipzig und Dresden 1836. Th. I. p. 133. scheinen die Intervention in allen Besitzprocessen zuzulassen.

XVI.

Ueber das Recht des Liedlohns im Concursprocesse.

Nach der gemeinen Praxis und nach dem Particularrechte, namentlich dem sächsischen, genießt das vor dem Anfange des Concurses, welcher bekanntlich bei dem zu einem Nachlasse eröffneten Creditwesen bis zu dem Tage des Todes des Cridars zurückgezogen wird, verdiente Liedlohn der, aus Moses, Bch. 5. Cap. 24. V. 13. 14. 15. und aus dem Sachsenspiegel Bch. I. art. 22. 24. abgeleiteten Priorität der ersten Classe, dafern nicht dasselbe durch Novation seine Qualität verloren hat und Gegenstand eines neuen Vertrags z. B. eines Darlehns geworden ist [1]). Nur darin weicht das sächsische Recht von dem gemeinen ab, daß während Dieses das vor dem Concursanfange verdiente Liedlohn ohne Beschränkung auf einen gewissen Zeitraum prioritetisch locirt, Jenes, das sächsische Recht [2]), die Priorität nur dem, innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Anfange des Concurses (oder der Anstellung der Klage) verdienten Lohne zugesteht, so daß mithin das früher erwachsene nur als chirographarische Post locirt werden kann [3]).

Diese Priorität bleibt dem Liedlohne, auch wenn es erst nach dem Anfange des Concurses gefällig worden ist. Es kommt nur darauf an, daß das Lohn vorher verdient gewesen ist [4]). Eben so, wie diese Priorität, ist auch die Eigenschaft des Liedlohns als Masseschuld unbestritten, wenn die Gläubigerschaft in das Con=

---

1) S. Kori, System des Concurspr. 2te Ausg. Bch. II. §. 10. not. 105., womit zu vergleichen Reinhard, Ordnung der Gläubiger rc. Dresden 1824. §. 103.

2) E. P. O. XLII. 5., Gesetz v. 25. Jan. 1836. §. 2. nr. 4. (G. u. V. B. p. 13. f.)

3) Hommel, rhaps. obs. 75.

4) S. Reinhard, a. a. O. §. 102., Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, neuste Ausg. §. 782.

tractverhältniß eingetreten ist, den Liedlöhner beibehalten hat und von ihm sich Dienste leisten lassen. Und nicht minder gewiß ist es, daß das aus einem nach Ausbruch des Concurses mit dem Cridar abgeschlossenen Vertrage verdiente Liedlohn, gleich wie jede andere aus einem solchen Vertrage entstandene Forderung, bei dem Concurse gar keine Beachtung finden kann [5]). Dagegen ist das Rechtsverhältniß des zwar aus einem, vor dem Concursanfange abgeschlossenen Vertrage herrührenden, jedoch erst nach dem Concursanfange verdienten Liedlohns dem Concurse gegenüber kein so zweifelloses, und die Feststellung desselben soll der Gegenstand der gegenwärtigen Erörterung sein. Die Meinungen über dieses Rechtsverhältniß sind sehr verschieden. Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger, 2te Ausg. Halle 1801. p. 604. ff. und Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, 3te Ausg. Göttingen, 1829. §. 68. geben einem solchen Liedlohne dieselbe Priorität, welche das vor dem Concursanfange verdiente Liedlohn genießt. Reinhard und Kori a. d. a. O. behaupten wieder, daß es nur als chirographarische Forderung locirt werden könne. Und endlich sagt Günther, in dem Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten, Leipzig 1840., Bd. II. Lief. 5. p. 836., daß es gar keinen Anspruch gegen den Concurs begründe. Diese letztere Meinung erscheint offenbar als die, in den Rechten gegründetste. Diejenigen nemlich, welche der Geltendmachung des, aus einem vor dem Concursanfange abgeschlossenen Vertrage erst nach dem Concursanfange verdienten Liedlohns gegen deu Concurs Raum geben, sagen zu Rechtfertigung ihrer Ansicht, daß der Gesindevertrag eben so wenig, wie irgend ein anderes Obligationsverhältniß, durch den Ausbruch des Concuses gelöst werde, und daß die Gläubigerschaft, da sie in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Cridars, mit Ausnahme der rein persönlichen, eintrete, auch die Verpflichtungen des Cridars aus dem, von ihm vor dem Concurse geschlossenen Gesindevertrage gegen die von ihm gedungenen Liedlöhner so lange erfüllen müsse, bis der Vertrag auf zu Recht beständige Weise, z. B. zu Folge der von der Gläubigerschaft ausgehenden Kündigung, beendigt wird. Sie berufen sich auch noch auf Analogie, indem sie sagen, ein solches Liedlohn müsse eben so gut bei dem

5) Reinhard, a. a. O. §. 102., Kori a. a. O. Bd. II. §. 10.

Concurse geltend gemacht werden können, wie dieß ausgemacht mit andern Forderungen der Fall sei, hinsichtlich welcher der dies cedens vor der Concurseröffnung eingetreten sei, der dies veniens aber erst nach derselben eintrete. Allein wenn es auch richtig ist, daß durch die Concurseröffnung der Gesindevertrag nicht gelöst wird, so würde doch, wäre es eben so richtig, daß die Gläubigerschaft anstatt des Cridars in den Vertrag eintreten, also denselben fortsetzen müsse, die Forderung des Gesindes ohne Zweifel eine Massepost sein, wofür weder Dabelow und Schweppe, noch Reinhard und Kori sie anerkennen, keineswegs dagegen, wie diese wollen, als eine Liquidationspost behandelt werden können. Es ergiebt sich hieraus, daß es dem Raisonnement an Consequenz gebricht, wovon eine unmittelbare Folge ist, daß die Ansicht nicht begründet sein kann. Dieß kann sie jedoch auch deshalb nicht sein, weil es unwahr ist, daß die Gläubigerschaft den Gesindevertrag anstatt des Cridars fortsetzen müsse. Die sogenannte successio concursus ist keineswegs eine universelle, wenigstens nicht in dem Sinne, wie man bei dem Erben von einer successio universalis spricht. Die Gläubigerschaft greift blos nach denjenigen Rechten des Schuldners, welche zu Berichtigung der Forderungen an den Schuldner führen können; alle andere Rechte überläßt sie dem Schuldner nach, wie vor, und weniger noch befaßt sie sich mit den ihr gar nicht ersprießlichen Verbindlichkeiten des Cridars, (versteht sich, so weit diese nicht Bedingungen des Rechts des Cridars sind). Wendet man diesen, von Günther, im Rechtslexicon a. a. O. p. 803. ff. genauer erörterten Character der sogenannten successio creditorum auf die locatio conductio und auf die, mit ihr verwandten Innominatcontracte an, so hat diese Succession hier die Bedeutung, daß die Gläubigerschaft den Vertrag fortsetzen kann, wenn sie will, d. h. wenn sie ihren Vortheil dabei sieht, nicht aber fortsetzen muß. Günther a. a. O. p. 821. f. und Glück, Pandect. Comm. Bd. XVIII. §. 1063. p. 38. ff. sprechen dieß in besonderm Bezuge auf die locatio conductio rei ausdrücklich aus. Soll es anders sein, so muß sich auf positive Gesetze bezogen werden können, wie dieß z. B. in Sachsen der Fall ist, wo nach dem Geschärften Bankeroutiermand. v. 20. Dec. 1766. §. 5. (C. A. C. I. T. I. p. 922.) die Hausmiethe des Schuldners noch ein halbes Jahr nach Ostern oder Michaelis, vor welchem der Concurs ausgebrochen ist, fort-

gesetzt werden soll. Setzt die Gläubigerschaft den Miethvertrag (den Gesindevertrag) nicht fort, so ist derselbe deshalb nicht etwa für aufgelöst zu achten, vielmehr bleibt es dem Cridar und dem andern Contrahenten (dem Gesinde) anheimgestellt, den Vertrag fortzusetzen. Erklärt der Cridar nach Ausbruch des Concurses — denn in dem etwa vorhandenen Gesuche um Ertheilung des beneficium cessionis bonorum liegt eine solche Erklärung noch nicht — daß er den Vertrag fortzusetzen nicht gemeint sei, oder wird die Fortsetzung des Vertrags nach der Concurseröffnung als eine nothwendige Folge derselben unthunlich, z. B. weil mit Aufhebung des Kaufmanngeschäfts des Cridars der Handlungsdiener, dessen Salair die Eigenschaft des Liedlohns hat, nicht mehr beschäftigt werden kann, so kann wohl dem andern Contrahenten aus der rechtswidrigen Auflösung des Vertrags ein Schädenanspruch erwachsen; allein dieser Anspruch kann nicht bei dem Concurse geltend gemacht werden, nicht als Liquidationspost, weil der Anspruch erst nach Ausbruch des Concurses erstanden ist, nicht als Masseforderung, weil nicht die Gläubigerschaft die Schuld trägt des erwachsenen Schadens. Liegt es endlich an dem andern Contrahenten, nicht an dem Cridare, daß der Gesindevertrag nicht fortgesetzt wird, so kann gar nicht von einem Anspruche des Gesindes die Rede sein, nicht einmal von einem Anspruche gegen den Cridar überhaupt, viel weniger aber noch von einem, bei dem Creditwesen insbesondere geltend zu machenden. Zuletzt ist noch der oben erwähnten Analogie zu gedenken. Es ist wohl wahr, daß diejenigen Forderungen, deren dies veniens erst nach dem Concursanfange eintritt, während der dies cedens schon vorher eingetreten ist, bei dem Concurse locirt werden müssen, z. B. das aus einem längst vor Ausbruch des Concurses geschlossenen Kaufe herrührende, jedoch erst nachher gefällige Termingeld. Auch leidet dieß Anwendung auf das Liedlohn, so daß das vor Ausbruch des Concurses verdiente Lohn, wenn schon es nach der Vertragsbestimmung erst nachher zahlbar wird, aus dem Concurse, und zwar prioritetisch, berichtigt werden muß, wie dieß schon oben gesagt ist. Allein es kann der Grundsatz auf unsern Fall nicht angewendet werden, weil in Betreff des erst nach der Concurseröffnung verdienten Liedlohns der dies cedens keineswegs schon vor der Concurseröffnung eingetreten ist, sondern erst nach derselben eintritt. Das Recht, Liedlohn zu fordern, wird nemlich dem Ge-

sinde nicht bereits durch den Abschluß des Vertrags erworben; vielmehr kann das Gesinde nur dann auf das Liedlohn Anspruch machen, entweder, wenn es die bedungenen Dienste wirklich geleistet hat oder an der Leistung durch eine Handlung des Dienstherrn oder einen, mit den civilrechtlichen Folgen demselben zur Last fallenden Umstand behindert worden ist. Die Leistung des Liedlohns hängt von der Gegenleistung Seiten des Gesindes ab. Erklärt daher der Cridar nach Ausbruch des Concurses, daß er den Liedlohnvertrag nicht fortsetzen wolle, oder ist die Fortsetzung, ohne eine solche Erklärung, schon durch die Concurseröffnung an sich unthunlich worden, während das Gesinde zu Leistung der Dienste bereit ist, so entsteht erst von dem Augenblicke an, wo die Dienste nicht mehr geleistet werden können, der Schädenanspruch des Gesindes; und eben so erwächst die Liedlohnforderung wegen der fortgesetzten Dienstleistung nach dem Concursanfange erst mit dem Augenblicke der Dienstleistung selbst. Die Erwerbung des Anspruchs geschieht mithin zu einer Zeit, nemlich nach der Concurseröffnung, wo der Cridar die Gläubigerschaft nicht mehr verbindlich machen konnte. Dasselbe ist auch von dem Falle zu sagen, wenn der Cridar noch vor der Concurseröffnung dem Gesinde erklärt, daß von Zeit der Concurseröffnung an der Vertrag nicht fortgesetzt werden könne, weil diese Erklärung erst von nur erwähntem Zeitpunkte an wirksam wird.

Druck von Bernh. Tauchnitz jun.

XVII.

Von dem Gerichtstande des Arrests.

Bekanntlich besteht der Arrestschlag in der richterlichen Verfügung, daß zur Sicherung von Civilansprüchen die verpflichtete Person an einem bestimmten Orte bleiben muß (Personalarrest) oder in der Disposition über ihr Vermögen (Realarrest) oder in dieser und zugleich in der Disposition über ihre Person (gemischter Arrest) beschränkt sein solle. Der aufgelegte Realarrest bezweckt entweder blos die Sicherung von Hilfgegenständen (einfacher Arrest, arrestum juris communis) oder er bezweckt zugleich die Erlangung eines Pfandrechts an den, mit Arrest belegten Gegenständen (Pfandarrest, arrestum juris saxonici). Der einfache Realarrest kommt in dem Königreiche Sachsen auf gleiche Weise vor, wie in den Ländern des gemeinen Rechts [1]), der Pfandarrest dagegen ist durch die E. P. O. Tit. XXXXVIII. und LI. in dem Königreiche Sachsen aufgehoben, kommt aber in den Ländern des gemeinen sächsischen Rechts noch vor.

Der einfache Realarrest, auf dessen Festhaltung allein es zum Zwecke gegenwärtiger Erörterung ankommt, kann an beweglichen Sachen, durch Wegnahme und Aufbewahrung derselben oder durch Sequestration, an außenstehenden Forderungen, durch Zahlungsverbote, und an unbeweglichen Sachen, durch Veräußerungsverbote oder durch Sequestrationen, angelegt werden [2]). Was Sachsen betrifft, so gehören hierher folgende Particulargesetze. Die const. elect. 29. und 30. p. I., (C. A. T. I. p. 1. p. 82.) die Decision 27. von 1661. (C. A. T. I. p. 1. p. 306.), das Erläuterungsrescript vom 19. Febr. 1721. (C. A. T. I. p. 1. p. 1203.),

---

1) Biener, syst. proc. jud. ed. nov. §. 258.

2) Heffter, Institutionen des Civilprocesses, p. 430., Glück, Pandectencommentar Th. VI. p. 332. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 10te Ausg. §. 242.

die A. und E. P. O. Tit. LI., die Verordnung, das auf die wider Veräußerungen oder Verpfändungen eines Grundstücks eingewendeten Protestationen oder Appellationen zu beobachtende Verfahren betreffend vom 15. März 1821. (G. S. p. 41. f.), Verordnung, die Appellationen gegen das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen betreffend vom 14. Mai 1836. (G. u. V. B. p. 93. f.) und das Gesetz vom 13. Jan. 1838. §. 10. (G. u. V. B. p. 29.) [3]).

Die Voraussetzungen des einfachen Arrestschlags sind: die Wahrscheinlichkeit einer rechtsbegründeten Forderung, und die Gefahr, daß des Gläubigers Anspruch bei veränderten Umständen entweder gar nicht wirksam oder nur mit großer Beschwerlichkeit werde verfolgt werden können, eine Gefahr, welche sich auf verschiedene Weise zeigen kann.

Der einfache Arrestschlag kann als ein Nebenpunkt des bereits hängigen Hauptprocesses oder auch, ohne daß der Hauptproceß bereits hängig ist, vorkommen, und nur auf den letztern Fall bezieht sich die Frage, ob der Arrestschlag einen Gerichtstand bilde, nemlich einen Gerichtstand für die Hauptsache. Die Frage ist dann von keinem Interesse, wenn der Arrest bei demselben Gerichte gesucht worden ist, wo die Klage wegen der Hauptsache angestellt werden müßte, auch abgesehen von dem Vorhandensein eines Arrestgesuchs. Nur dann hat sie practische Wichtigkeit, wenn der Arrestschlag von einem andern, als dem sonst für die Hauptsache competenten Richter angelegt worden ist. Die gemeine Praxis beantwortet die Frage ohne Unterschied bejahend: der angelegte Arrestschlag begründet einen Gerichtstand für die Hauptsache [4]). Wenige sind verschiedener und zwar wieder unter einander abweichender Meinung, indem sie entweder die Frage ohne Unterschied verneinen [5]), oder die Begründung des Gerichtstandes für die Hauptsache nur bei dem gegen einen flüchtigen Schuldner oder gegen einen Ausländer — wofür jedoch in dieser Beziehung der Unterthan eines andern teutschen Bundesstaates nicht gehalten werden soll — ausgebrachten Arrest-

---

3) Vergl. Kori und von Langenn, Erörterung practischer Rechtsfragen, 2te Ausg. Th. II. Abh. 19.

4) Glück, a. a. O. p. 334. f. und Not. 31., Reinhardt, Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes, Stuttgart 1823. §. 26. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen Th. IV. Abh. 37. p. 210. ff.

5) Struben, rechtliche Bedenken Bd. V. Bed. 88., Linde, Lehrbuch des gemeinen teutschen Civilproc. 5te Ausg. §. 96.

schlag zulassen[6]) oder diese Begründung auf ganz unbestimmte Weise für den Fall der Noth annehmen[7]) oder endlich dieselbe bei dem Arrestschlage gegen den flüchtigen Schuldner, welcher zur Zeit keinen bleibenden Wohnsitz hat, und gegen den Ausländer, wenn zuvor dem Kläger bei dem ordentlichen ausländischen Gerichte des Letztern die Justiz verweigert worden ist, gestatten[8]). Wir können keiner dieser Ansichten und auch nicht der gemeinen Praxis beipflichten. Die Regel, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werden dürfe, muß überall und allgemein Anerkennung finden, auch im Falle eines, dem Hauptprocesse vorangehenden Arrestschlags. Nur dann kann sie in diesem Falle nicht Platz greifen, wenn die Verweisung der Hauptsache an den ordentlichen Gerichtstand unmöglich oder zweckwidrig sein würde. Unmöglich aber ist diese Hinweisung nicht blos bei dem flüchtigen Schuldner, welcher zur Zeit keinen bleibenden Wohnsitz hat, wie dieß Martin und Bayer a. a. O. annehmen, sondern auch bei dem Vagabunden, wenn er auch nicht auf flüchtigem Fuße betroffen wird; und als zweckwidrig erscheint die Hinweisung nicht blos wenn dem Kläger bei dem ordentlichen Richter des Ausländers die Justiz bereits verweigert worden ist, wie dieselben Schriftsteller dieß sagen, sondern wenn es überhaupt gewiß ist, daß das ausländische Gericht, welches deshalb nicht schon braucht angegangen worden zu sein, dem Kläger die Justiz verweigern werde, welche ihm der inländische Richter gewährt, wenn also z. B. der Kläger einen Anspruch geltend machen will, welcher im Auslande wegen einer dort bestehenden positiven Bestimmung gar kein Klagrecht hat, im Inlande dagegen vor Gericht verfolgt werden kann. Auf diese drei Fälle allein sollte auch die Bestimmung des Königlich sächsischen Rechts zu beschränken sein, in dem Gesetze, die Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen betreffend, vom 26. October 1834. unter VI. (G. u. V. B. p. 245.), wenn schon sie eben so allgemein, als kurz, dahin lautet, daß der Gerichtstand des Arrests auch den Gerichtstand für die Hauptsache begründe. Indeß wendet die sächsische Praxis diese Bestimmung ganz ohne Unterschied der Fälle an, selbst bei dem von einem Inländer gegen einen wohlgesessenen Inländer ausge-

6) Heffter, a. a. O. p. 431. f.
7) Thibaut, System des Pandectenrechts, §. 1076.
8) Martin, a. a. O. §. 56. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproc. 5te Ausg. München 1835. p. 79.

brachten Arrestschlage, wiewohl der Arrestausbringer in diesem Falle selten von der Bestimmung des Gesetzes Gebrauch zu machen pflegt [9]). Und die Praxis findet einigen Anhalt zu Begründung ihrer Ansicht in der Convention mit dem Königreiche Preußen vom 30. Nov. 1839. art. 27. (G. u. V. B. p. 327.) und in der Convention mit dem Herzogthume Altenburg v. 20. Juni 1840. art. 27. (G. u. V. B. p. 142.), nach welchen der wider einen Unterthan Preußens oder Altenburgs angelegte Arrest für alle Fälle den Gerichtstand auch für die Hauptsache begründen soll, so daß die Entscheidung des Arrestrichters rücksichtlich der Hauptsache nicht blos an dem, in seinem Gerichtsprengel befindlichen und mit dem Arreste belegten, sondern auch an allem in Sachsen befindlichen Vermögen des Schuldners vollstreckbar ist.

Ist bisher über die Fälle gesprochen worden, in welchen der Gerichtstand des Arrests den Gerichtstand der Hauptsache begründe, so fragt es sich nur noch, ob derjenige, welcher den Arrestschlag ausgebracht hat, eben so vor dem, durch diesen begründeten Gerichtstand in der Hauptsache belangt werden könne, als derjenige, gegen welchen der Arrestschlag ausgebracht worden, unbestritten vor demselben belangt werden kann? Wir verneinen die Frage, und zwar aus folgenden Gründen. Die Begründung des Gerichtstandes in der Hauptsache durch den Arrestschlag soll dem Arrestausbringer die Verfolgung seines Anspruchs sichern, welche ihm außerdem vor einem andern Gerichte gar nicht möglich sein oder wenigstens beschwerlich werden würde. Ihr Zweck ist also Sicherung der Rechtshilfe gegen eine Person, welche vor einem andern Gerichte nicht zu finden sein dürfte, und es wird durch sie, wenn nicht in allen, doch in den meisten Fällen derjenige, gegen welchen der Arrest ausgebracht worden ist, seinem ordentlichen Richter entzogen. Deshalb soll der Arrestausbringer seinen Gegner, wenn er ihn nicht vor dessen ordentlichem Richter in Anspruch nehmen will, vor dem Arrestforum belangen können. Der Gerichtstand des Arrests bildet also insoweit eine Concurrenz mit dem ordentlichen Gerichtstande, und die Wahl steht allein dem Arrestausbringer zu, weshalb auch dieser nicht vor dem Arrestforum zu Anstellung der Hauptklage provocirt werden kann. Allein es liegt nicht in dem Zwecke des Arrestschlags, und es ist nicht, mindestens nicht stillschweigend die Ab-

9) Weiske, Handbuch des Civilproc. Leipzig 1841. §. 126.

sicht des Arrestausbringenden, daß dieser mit dem Arrestschlage dem Gegner einen processualischen Vortheil erzeuge und er selbst seinem ordentlichen Richter entnommen und einem neuen unterworfen werde. Es kann daher derjenige, gegen welchen der Arrest ausgebracht worden ist, auf den Grund des Arrestschlags allein nicht befugt sein, selbst die Hauptklage vor dem Arrestforum anzustellen. Ebenso wenig ist er aber auch dazu verpflichtet, und eine Provocation des Arrestausbringers zu Anstellung der Hauptklage gegen ihn vor dem Arrestforum ist unstatthaft, der Gegner kann nicht zu Verfolgung seines Rechts vor einem andern, als dem gewöhnlichen Richter genöthigt werden. Es ist dieß gemeines und sächsisches Recht, und wird auch nicht durch das Institut der Wiederklage beeinträchtigt, man mag dieses Letztere im Sinne des gemeinen oder in dem des sächsischen Rechts [10]) auffassen. Denn die Wiederklage setzt voraus, daß die Vorklage bereits angestellt worden ist, also, von unserm Gegenstande gesprochen, das Arrestforum bereits Platz gegriffen hat; und die anticipirte Wiederklage, wo sie gestattet ist [11]), kann vor dem Richter des Arrests nicht zugelassen werden, weil sie eben des Arrestausbringers Wahl zwischen den concurrirenden Gerichtständen aufheben würde.

Uebrigens ist, was oben nach den, von dem Königreiche Sachsen mit dem Königreiche Preußen und dem Herzogthume Altenburg geschlossenen Conventionen über die Vollstreckbarkeit der Entscheidung des Arrestrichters in der Hauptsache gesagt ist, schon gemeines, nicht blos sächsisches Recht. Die Gewalt des Richters, des entscheidenden, wie des vollstreckenden, reicht nicht über die Landesgrenze hinaus. Von der andern Seite aber darf die Gewalt des vollstreckenden Richters, wenn er einmal zu Recht beständig in der Hauptsache erkannt hat, nicht durch die Grenzen des Gerichtsprengels beengt werden, auch wenn er ursprünglich blos der Arrestrichter gewesen ist; vielmehr erstreckt sich die Gewalt des vollstreckenden Richters über das ganze Inland, versteht sich in der Weise, daß bei Ueberschreitung der Jurisdictionsgrenze die Mitwirkung des fremden Richters nothwendig wird.

10) S. Biener, l. l. §. 311.
11) Biener, l. l. §. 312.

XVIII.

Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Civilprocesse.

Instrumenta noviter reperta sind bekanntlich solche Beweismittel, welche zur Zeit der Beweisführung gar nicht dem Beweisführer bekannt gewesen sind, oder deren Existenz zwar er damals gekannt hat, ohne jedoch zu wissen, wo sie anzutreffen seien. Nach gemeinem Rechte gehören hierher Zeugen und Urkunden; worüber zu vergleichen fr. 1. D. de fide instrumentor. (XXII. 4.), c. 4. X. de testib. cogend. (II. 21.), Leyser, med. ad Pand. spec. 145. med. 2, Reinhardt, Handbuch des Processes §. 175. not. 2., Biener, syst. pr. §. 129. not. 3.; nach sächsischem Rechte dagegen fallen, wie das Rescript v. 22. Novbr. 1821. (G. S. p. 153.) bestimmt hat, die Zeugen nicht unter diesen Begriff.

Diejenigen Beweismittel, deren Existenz der Beweisführer während der Beweisführung kennt, ohne jedoch zu wissen, wo sie anzutreffen seien, muß derselbe bei deren Verlust im Laufe der Beweisführung gehörig induciren; er kann aber die einmal so inducirten noch zum Beweise brauchen, wenn er auch erst nach Ablauf der Beweisfrist entdeckt hat, wo sie anzutreffen seien. Eben so kann der Beweisführer diejenigen Beweismittel, deren Existenz erst nach Ablauf der Beweisfrist ihm bekannt worden ist, noch zum Beweise benutzen. Beides ist ihm nach gemeinem, wie nach sächsischem Rechte auf den Grund der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite ignorantiae, also ohne alle Rücksicht auf die qualitas personae, gestattet, jedoch in der Regel nur bis zur Rechtskraft der Definitivsentenz. S. c. 4. C. de re judic. (VII. 52.) c. 4. C. de exceptionib. (VIII. 36.), c. 8. in fine de elect. in VIto (I. 6.), Biener, l. l. §. 129. not. 4. §. 132., Pfotenhauer, doctrina proc. ed. Diedemann §. 326. Weiske, Handbuch des Civilprocesses, Leipzig 1841. §. 338.

Um diese Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen, muß der Beweisführer nachweisen, daß er wirklich während des Laufes der Beweisfrist keine Kenntniß davon, daß und wo das Beweisinstrument existire, gehabt habe, und er thut dieß, kann er es nicht anders bewirken, mit einem hierauf gerichteten Bestärkungseide. Es ist dieß ebenfalls gemeines und sächsisches Recht. S. c. 8. in fine de elect. in VIto, Gottschalk, disc. for. T. I. c. 19. p. 203. ed. II., Hommel, teutscher Flavius Ausg. v. J. 1775. Document Nr. XVIII., E. P. O. Tit. XXIV. §. 3., Kori und von Langenn, practische Erörterungen, 2te Ausg. Th. I. Abh. 24. p. 215. Zugleich muß der Beweisführer aber auch darthun, daß er von Zeit der Auffindung der neuen Beweisinstrumente keine längere Frist mit der Induction derselben gezögert habe, als die ihm ursprünglich zum Beweise vergönnt gewesene. Dieß wird ebenfalls durch einen Bestärkungseid bewirkt, und stützt sich darauf, daß die Restitutionsfrist wider die Versäumniß an einer Frist nicht ausgedehnter sein darf, als diese Letztere selbst. Auch dieß ist gemeines, wie sächsisches Recht. S. Reichsdeputationsabschied v. 1600. §. 86. Kori und von Langenn, a. a. O. Th. II. Abh. 13. p. 121. Biener, l. l. §. 132. not. 8. Da nach gemeinem Rechte der Richter jedesmal die Dauer der Beweisfrist festsetzt, nach sächsischem Rechte dagegen die Beweisfrist durch das Gesetz einmal für immer auf eine sogenannte sächsische Frist (mit Ausnahme weniger Fälle) bestimmt ist, so darf auch nach gemeinem Rechte die Restitutionsfrist nicht länger sein, als die vorher von dem Richter eingeräumte Beweisfrist, nach sächsischem Rechte aber muß die Restitutionsfrist eine sächsische Frist betragen. Diese Fristen können durch Dilation des Richters nicht verlängert werden. S. Heft I. der Beiträge, Abh. XII. p. 68. Der Eid über Beobachtung der Restitutionsfrist kann mit jenem Eide, mittels dessen der Beweisführer versichert, daß er zur Zeit der Beweisführung keine Kenntniß davon gehabt habe, ob oder wenigstens wo das als neuaufgefunden bezeichnete Instrument existire, recht füglich verbunden werden, ja es wird eigentlich dieser Eid von jenem umfaßt, und es genügt vollkommen die eidliche Versicherung des Beweisführers, daß er vor Ablauf der (nächsten 30 Tage oder der) nächsten sächsischen Frist von Induction der neuaufgefundenen Instrumente zurückgerechnet davon, daß oder wo diese existirten, keine Kenntniß gehabt habe.

Was bisher gesagt worden, ist blos in Anwendung auf den ordentlichen Proceß denkbar, da in dem summarischen Processe der Beweisführung keine Frist vorgezeichnet ist, in der Weise, wie im ordentlichen Processe, vielmehr dieselbe bis zu Fällung der Sentenz oder bis zur Inrotulation der Acten zugelassen wird. Kori und von Langenn, a. a. O. Th. I. Abh. 24. p. 220. Folgendes dagegen findet Anwendung sowohl in dem summarischen, als in dem ordentlichen Processe.

Es ist oben gesagt worden, daß Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Instrumente in der Regel nur bis zur Rechtskraft der Definitivsentenz erlangt werden könne. Eine Ausnahme hiervon tritt jedoch dann ein, es kann also auch nach Rechtskraft der Definitivsentenz jene Restitution noch erlangt werden, wenn durch die neu aufgefundenen Instrumente ein bevorstehender oder wohl auch bereits geschworner Meineid des Gegners dargethan werden soll. Es ist diese Restitution verschieden von der, dem gemeinen Rechte bekannten restitutio ex capite novorum d. h. neu aufgefundener Thatsachen (s. Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilpr. 5te Aufl. p. 529. Kind, quaest. for. T. III. c. 99. ed. II.), und sie gehört dem sächsischen, wie dem gemeinen Rechte an, jedoch mit der Abweichung, daß nach gemeinem Rechte der Meineid wider den Erfüllungseid, den Reinigungseid, den Würderungseid und auch den angetragenen Eid [1]), nach sächsischem Rechte aber nur wider den Erfüllungseid und Reinigungseid, auch den Diffessionseid, welcher wie ein Reinigungseid behandelt wird, durch neu aufgefundene Instrumente bewiesen werden kann. S. Kori und von Langenn, a. a. O. Th. I. Abh. 24., welche jedoch die Anwendung wider den Diffessionseid leugnen. Martin, Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerl. Processes, 10te Ausg. §. 186. Gottschalk l. l. p. 209. f. E. P. O. Tit. XXX. §. 3. Tit. XXXI. §. 2. Tit. XXXII. Weiske, a. a. O.

Da auch diese Restitution nicht ob qualitatem personae ertheilt wird, so sollte deren Frist ebenfalls, wie Kori und von Langenn, a. a. O. p. 219. ganz richtig bemerken, keine längere sein, als die vorher zu beobachten gewesene Beweisfrist. Da jedoch der Tag der erhaltenen Nachricht von den Instrumenten, von welchem

1) Bayer, a. a. O. p. 528. beschränkt diese Restitution auf den Fall eines von dem Richter auferlegten Eides.

an die Restitutionsfrist eigentlich berechnet werden muß, möglicher Weise erst sehr spät eintreten kann, und, wenn man auch nach der Rechtskraft der Definitivsentenz die Restitutionsfrist von dem erwähnten Tage an berechnen wollte, hierdurch der Möglichkeit Raum gegeben werden würde, eine bereits vor einer längern Reihe von Jahren ertheilte rechtskräftige und vorlängst vollstreckte Definitivsentenz zu rescindiren, endlich aber auch, wie schon oben bei anderer Gelegenheit gedacht worden ist, in dem summarischen Processe die Bestimmung der Restitutionsfrist auf die Länge einer Beweisfrist gar nicht vorkommen kann, so bleibt nichts weiter übrig, als die gewöhnliche vierjährige Restitutionsfrist auf die erwähnte Restitution nach Rechtskraft der Definitivsentenz anzuwenden, wie Kori und von Langenn a. a. O. ausführlich gezeigt haben und auch von Bayer, a. a. O. p. 529. f. gesagt worden ist. Ueber die Berechnung dieser Frist sind die Meinungen getheilt. Einige nehmen an, daß sie von Rechtskraft der Definitivsentenz an zu laufen beginne; Andere lassen sie vom Tage der Entdeckung der Instrumente an beginnen; noch Andere machen die Berechnung davon abhängig, ob die Instrumente erst nach dem Ablaufe von vier Jahren post rem judicatam entdeckt worden sind, oder schon früher. In diesem Falle soll der Verletzte noch innerhalb dieser vier Jahre das Restitutionsgesuch anzubringen haben, in jenem dagegen soll die Frist erst vom Tage der Entdeckung an laufen. S. Bayer, a. a. O. p. 530. Indeß dürfte der Anfang der Frist auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Definitivsentenz zu setzen sein, wenn nicht die Dauer der Processe bis in das Unendliche hinausgezogen werden soll. Vgl. Kori und von Langenn, a. a. O. p. 219. Ist der Eid, gegen welchen die Restitution gesucht wird, ohne vorausgegangenes Erkenntniß geleistet worden, wie dieß im Executivprocesse[2]) oder zu Folge eines Compromisses der Parteien vorkommen kann, so muß die Restitutionsfrist von Zeit der Abschwörung des Eides an gerechnet werden.

Wird der Anfang der Restitutionsfrist nicht vom Tage der Entdeckung der neuen Instrumente, sondern so berechnet, wie wir dieß jetzt ausgesprochen haben, so ergiebt sich in jedem einzelnen Falle ohne Weiteres, ob der Restitutionsuchende die Frist beobachtet habe oder nicht, und es bedarf eines hierauf zu richtenden Eides

2) Biener, l. l. §. 246. Anhang zur E. P. O. §. 9.

keineswegs. Dagegen wird, da eben die Restitution wider die Leistung eines Eides auf den Grund neu aufgefundener Instrumente keineswegs zu denjenigen Restitutionen gehört, welche ob qualitatem personae ertheilt werden, der von dem Restitutionsuchenden durch einen Bestärkungseid oder auf sonst eine Weise zu liefernde Beweis erforderlich, daß er die Zeit zu derjenigen Restitution ob instrumenta noviter reperta, welche ohne Rücksicht auf Darlegung eines zu befürchtenden oder bereits begangenen Meineides des Gegners vor Rechtskraft der Definitivsentenz oder der Leistung des Eides durch den Gegner im ordentlichen Processe ertheilt wird, oder — was den summarischen Proceß angeht — die Zeit der zu führen gewesenen Bescheinigung, nicht durch eignes Verschulden ungenutzt habe vorübergehen lassen. Der Restitutionsuchende wird also eidlich zu versichern haben, daß er davon, ob und wo die Instrumente existirten, vor der Rechtskraft der Definitiventscheidung oder — wenn nemlich der Eid geleistet worden ist, ohne vorgängige Definitiventscheidung — vor der Eidesleistung keine Kenntniß gehabt habe.

Das Restitutionsgesuch ob instrumenta noviter reperta, welches vor der Rechtskraft der Definitivsentenz, ohne Beschränkung auf den Fall eines nachzuweisenden Meineides, zugelassen wird, ist unbestritten nichts Anderes, als eine wiederholte Beweisantretung, und es genügt die bloße Einreichung von Beweisartikeln mit der Induction der neuen Instrumente, worauf, nach ertheilter Restitution, Productionstermin anberaumt wird. S. Biener, l. l. §. 129. not. 3. Da nun das nach Rechtskraft der Definitivsentenz oder nach Leistung des Eides zum Beweise des Meineides zulässige Restitutionsgesuch ob instrumenta noviter reperta nur eine Ausdehnung des Erstern ist, so kann es auch nicht anders behandelt werden, als wie eine nochmalige Beweisführung, s. Martin, a. a. O. §. 186., und es bedarf, um diese Restitution zu erlangen, keiner besondern Restitutions- (Rescissions-) klage, wie Kori und von Langenn a. a. O. p. 215. not. 7. und Weiske a. a. O. §. 338. dieß verlangen, und wie eine solche Klage allerdings erforderlich ist, wenn Restitution ex qualitate personae gegen ein Erkenntniß gesucht wird. Kind, l. l. T. III. c. 99.

Endlich wird — und dieß bezieht sich auf alle beiden Arten der restitutio ob instrumenta noviter reperta — gewöhnlich gelehrt, daß wider die neue Beweisführung auch ein Gegenbeweis gestattet werden müsse. S. Biener, l. l. §. 129. not. 3., Weiske, a. a. O.

§. 338. Indeß ist dieß blos richtig in Anwendung auf diejenigen Fälle, wo die neue Beweisführung ein wirklicher Beweis und nicht vielmehr selbst ein wiederholter Gegenbeweis ist. Ist sie das Letztere, so kann wider die neuen Beweisartikel der andern Partei nicht noch ein Gegenbeweis gestattet werden. **Reprobatio reprobationis non datur.**

Die hier vorgetragenen Grundsätze sind vor Kurzem von der Juristenfacultät in folgendem Falle angewendet worden. In einem ordentlichen Processe war dem Beklagten, welcher den Exceptionsbeweis zu führen gehabt hatte, der Erfüllungseid gegeben worden. Das Erkenntniß erlangte Rechtskraft, es ward Schwörungstermin anberaumt. In diesem protestirte Kläger wider Abnahme des Eides, behauptete neue Urkunden gefunden zu haben, reichte Abschriften derselben und einen nachträglichen Gegenbeweis ein, bat, ihm wegen der neu aufgefundenen Urkunden die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen und anderweit Reproductionstermin anzuberaumen, und appellirte eventuell wider Abschlagung seines Gesuchs. Auf die Appellation wurde Bericht erstattet, und von dem Bezirksappellationgerichte das Rechtsmittel verworfen. In der Entscheidung war gesagt, daß des Klägers Antrag unzuläßig sei, da er mit seinem Gegenbeweise bereits gehört worden sei, und von der Zeit an, wo er des Beklagten Beweis insinuirt erhalten habe, bereits die vierjährige Frist der (dem Kläger ex qualitate personae zukommenden) Restitution vor dem Tage des Antrags abgelaufen sei, mithin eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß an der Gegenbeweisführung nicht weiter Platz greifen könne, im Uebrigen aber rücksichtlich des erkannten Erfüllungseides res judicata vorliege. Das Bezirksappellationgericht hatte mithin den Fall eines Versäumnisses an dem Gegenbeweise vor Augen und ließ dagegen die Bestimmung der E. P. O. Tit. XXX. §. 3. ganz außer Acht. Auf des Klägers fernere Appellation erfolgte eine reformatorische Verordnung des Oberappellationgerichts, nach welcher über des Klägers Antrag in erster Instanz erkannt und einstweilen mit Abnahme des Erfüllungseides angestanden werden sollte. Darauf setzte das Untergericht einen außerordentlichen Inrotulationstermin an, und es gelangte die Sache nach abgehaltenem kurzen Verfahren der Parteien, wobei Beklagter behauptete, daß der Kläger mindestens habe förmliche Restitutionsklage erheben müssen, zur Entscheidung der Juristen-

facultät. Diese ertheilte dem Kläger, unter der Voraussetzung, daß er den oben erwähnten Bestärkungseid leiste, die gebetene Rechtswohlthat, erklärte eine besondere Rescissionsklage für unnöthig und erkannte auf Anberaumung eines Reproductionstermins auf des Klägers neuen Gegenbeweis, ohne jedoch dem Beklagten wider den Letztern einen Gegenbeweis zu gestatten.

XIX.

Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Beweismittel.

Wenn in der nächstvorstehenden Erörterung gezeigt worden ist, was unter instrumenta noviter reperta zu verstehen sei, unter welchen Bedingungen Restitution auf den Grund neu aufgefundener Instrumente erlangt und wie lange sie gesucht werden könne, endlich daß das Restitutionsgesuch ob instrumenta noviter reperta in der That nichts Anderes sei, als eine wiederholte Beweisantretung, eben deshalb aber in allen denjenigen Fällen, wo diese neue Beweisführung ein wirklicher Beweis und nicht vielmehr nur ein wiederholter Gegenbeweis sei, dem Gegner des Restituirten ebenfalls ein neuer Gegenbeweis gestattet werden müsse, so knüpft sich hieran sehr passend die, eben so interessante, als für die Behandlung des Processes und die Beurtheilung der Beweismaterialien hoch wichtige Untersuchung über das materielle Verhältniß des neuen Beweises zu dem bereits früher, innerhalb der ordentlichen Beweisfrist zu den Acten übergebenen. Diese Untersuchung wird sich mit folgenden zwei Fragen befassen müssen: Kann bei dem neuen Beweise ein anderer Weg zu Herstellung des Beweissatzes eingeschlagen werden, als der bei dem frühern Beweise verfolgte? Können bei dem neuen Beweise, wenn die instrumenta noviter reperta zu Herstellung des Beweissatzes weder allein, noch in Verbindung mit den bei dem frühern Beweise bereits gebrauchten Beweismitteln nicht genügen, auch noch andere, zur Zeit der frühern Beweisführung schon bekannt gewesene Beweismittel, z. B. Zeugen, angegeben werden? Wir glauben, daß beide Fragen bejahend zu beantworten seien.

Wenn einer Partei ein Beweis auferlegt oder auch nachgelassen wird, es mag dieß in allgemeinen Ausdrücken geschehen, z. B. so, daß gesagt ist, Kläger solle den Grund seiner Klage, so viel ihm

daran verneint worden, beweisen, oder es mag das zu Beweisende speciell vorgeschrieben sein[1]), so befaßt sich dabei der Richter blos mit dem Beweissatze (dem thema probandum oder, wie es in dem J. R. A. §. 50. heißt: dem punctum probationum), worunter nichts Anderes zu verstehen ist, als die Summe derjenigen noch ungewissen Thatsachen, aus welchen das Recht, die Verbindlichkeit, der Zustand, die Befreiung, welche im Streite befangen sind, entstanden sein soll[2]). Der Richter fordert nicht den Beweis des Daseins des streitigen Rechtsverhältnisses[3]); und er schreibt dem Beweisführer eben so wenig den einzuschlagenden Weg des Beweises, als die zu gebrauchenden Beweismittel vor, überläßt vielmehr ihm allein die Wahl in allen diesen Beziehungen, namentlich zwischen dem natürlichen und dem künstlichen Beweise[4]). Weil also der Richter blos verlangt, daß die Entstehungsart des streitigen Rechtsverhältnisses ihm bewiesen werde, und er dagegen um die Art und Weise sich nicht kümmert, wie ihm dieser Beweis geliefert werde, so muß schon deshalb demjenigen, welcher zu Folge erlangter Restitution zu dem nochmaligen Versuche, den Beweissatz herzustellen, berechtigt ist, die Wahl zwischen den verschiedenen Wegen des Beweises gestattet sein. Dieß kann aber auch aus dem positiven Grunde nicht anders sein, daß die Rechte, welche die Restitution ob instrumenta noviter reperta ertheilt wissen wollen, diese durchaus nicht auf solche neu aufgefundene Instrumente beschränken, welche nur zu Verfolgung desselben, von dem Beweisführer in den früher übergebenen Beweisartikeln eingeschlagenen Beweisweges dienen. So viel über die erste Frage.

Die zweite Frage angehend, so ließe sich, um dieselbe zu verneinen, anführen, daß die Restitution nur eben wegen der neu aufgefundenen Instrumente ertheilt werde, daß daher dieselbe blos so weit reichen könne, als die neu aufgefundenen Instrumente selbst entweder in Verbindung mit den bereits angewendeten Beweismit-

---

1) Vergl. hierüber Martin, Lehrb. des bürgerl. Processes §. 180. Heffter, Institutionen des Civilproc. p. 352. f.

2) S. darüber Martin, a. a. O. §. 180. a. E. Nirgends sonst findet sich eine bestimmte Definition des Beweissatzes. S. Linde, Lehrb. des Civilproc. §. 240., Reinhardt, Handb. des ordentl. Proc. §. 152. Gönner, Handb. des Proc. II. 37. §. 15.

3) Martin, a. a. O. §. 180. a. E.

4) Martin a. a. O. §. 180. not. f., §. 181. not. b. Gönner, a. a. O. II. 37. §. 15.

teln oder, wenn mit diesen ein anderer Weg des Beweises eingeschlagen gewesen, isolirt von denselben reichen, und daß mithin dem Restituirten nicht zu gestatten sei, den in den neuen Instrumenten enthaltenen unvollständigen Beweis durch andere, früher ganz und gar nicht unbekannt gewesene Beweismittel zu ergänzen. Diese verneinenden Gründe werden aber in Folgendem widerlegt. Die Restitution wird wohl wegen der neu aufgefundenen Instrumente, nicht aber für den Gebrauch derselben allein, sondern gegen den Ablauf der Beweisfrist ertheilt; die Bewilligung der Restitution ist in der That weiter nichts, als die Wiederholung des rechtskräftigen Beweisinterlocuts; und wie der Richter bei Auflegung oder Nachlassung eines Beweises jederzeit von der Voraussetzung ausgeht, daß der Beweis vollständig werde hergestellt werden, niemals aber darauf sich einläßt, einer Partei nur die unvollständige Beweisführung aufzulegen oder nachzulassen, so muß auch demjenigen, der die Restitution ob **instrumenta noviter reperta** erhalten hat, gestattet sein, die vollständige Beweisführung nochmals zu versuchen. Kann er dieß mit den neu aufgefundenen Instrumenten allein oder in Verbindung mit den bereits angewendeten Beweismitteln nicht erwirken, so muß ihm die Zuflucht offen stehen zu andern, wenn schon zur Zeit der ersten Beweisführung ihm bekannt gewesenen Beweismittel, um durch die Zusammenwirkung dieser und der neu aufgefundenen Instrumente einen vollen Beweis zu liefern.

Dieß um so mehr, als sich sogar sagen lassen würde, daß der Restituirte die solchergestalt mit den neu aufgefundenen Instrumenten in Verbindung gestellten Beweismittel früher in der That ebenfalls nicht gekannt habe, da ihm deren Zusammenwirken mit den neu aufgefundenen Instrumenten vorher nicht hat bekannt sein können. Das gedachte Befugniß erleidet indeß wieder insofern eine Beschränkung, als der Beweisführer nur derartige, zur Zeit der ersten Beweisführung ihm bekannt gewesene Beweismittel in Verbindung stellen darf mit den neu aufgefundenen Instrumenten, deren Anwendung im Allgemeinen bei der Beweisführung nach den bestehenden Proceßgesetzen erlaubt ist. In Sachsen würde daher ein Kläger, welchem durch die mehrerwähnte Restitution der nochmalige Beweis der Klage nachgelassen worden ist, den Eidesantrag nur in so weit mit den neu aufgefundenen Instrumenten verbinden können, als er dessen schon in der Klage sich bedient hat, weil bekanntlich der Eidesantrag über die ganze Klage oder über

einen Theil derselben schon in dem Libelle bewirkt werden muß. Endlich ist zu gedenken, daß in dem Falle, wo zu Folge der mehrerwähnten Restitution ein wirklicher Beweis geführt wird, dem Gegner des Restituirten gestattet werden muß, den ihm zukommenden Gegenbeweis wider die ganze wiederholte Auffassung des Beweissatzes zu richten und dabei aller und jeder, nach den Gesetzen für den Gebrauch bei dem Gegenbeweise zu Gebote stehenden Gegenbeweismittel sich zu bedienen. Es fordert dieß die Gleichheit der Rechte der Parteien. Zum Schlusse wird ein, wenn auch fingirter Fall nicht unwillkommen sein, welcher die bejahende Beantwortung der obigen zwei Fragen in ihrer Anwendung zeigt. Man denke sich: Der Kläger fordert 1000 Thlr. — — Darlehn zurück, welche des Beklagten Vater und Erblasser am 1. Februar 1825 von ihm entlehnt hat. Der Beklagte, welcher den Grund der Klage eingeräumt und die Ausflucht der bereits durch seinen Vater bewirkten Zahlung vorgeschützt hat, hat nach Maasgabe des rechtskräftigen Beweisinterlocuts die Zahlung durch, unmittelbar über den Zahlungsact denominirte Zeugen darzuthun unternommen. Der Proceß ist schon bis zur Publication der Rotel vorgeschritten, und es liegt aus diesen klar vor, daß nicht bewiesen ist. Da bringt der Beklagte einen Brief herzu, bei welchem jedoch die Adresse nicht mehr sich befindet, welcher aber mit des Klägers Namen unterzeichnet ist und die, dem Adressaten gemachte Erklärung enthält, wie er, der Kläger, die ihm von Jenem gesendeten 1000 Thlr. — — empfangen habe, ihn deshalb quittire, und ihm bekenne, wegen des, ihm am 1ten Februar 1825 vorgeschossenen gleich hohen Darlehns nunmehr vollständig befriedigt worden zu sein. Beklagter erlangt die gebetene Restitution ob instrumentum noviter repertum, und übergiebt mehrere Beweisartikel, in denen er behauptet,

1) der Kläger habe den Brief geschrieben,
2) der Kläger habe denselben an seinen, des Beklagten, Vater, adressirt und abgesendet,
3) sein, des Beklagten, Vater habe auch den Brief erhalten.

Zum Erweise des ersten Satzes inducirt er den Brief, dessen Recognition er fordert, bei dem zweiten und dritten Satze denominirt er Zeugen oder trägt den Eid an. Es ist hier nicht zu zweifeln, daß dem Beklagten, wenn schon er mit den frühern Artikeln einen natürlichen Beweis geführt hat, und nunmehr einen künstlichen zu

führen unternimmt, mit Recht zu der gebetenen Restitution gelassen worden ist. Die ganze Restitution aber würde dem Beklagten nichts nützen, wenn ihm nicht gestattet sein sollte, alle drei Sätze zu beweisen; er kann nun blos den ersten durch den neu aufgefundenen Brief darthun, mithin muß ihm vergönnt sein, der Zeugen, wenn er sie auch zur Zeit der frühern Beweisführung bereits gekannt gehabt, oder des Eidesantrags bei dem zweiten und dritten Satze sich zu bedienen.

XX.

Zur Lehre von der Eventualmaxime im Civilprocesse.

Die Eventualmaxime (das Eventualprincip) im Civilprocesse, welche hier und da, namentlich von Weiske, Archiv für practische Rechtskunde, Th. I. Zwickau 1833. p. 25., und Weiske, Handbuch des Civilprocesses, Leipzig 1841. §. 240., als eine Eigenthümlichkeit des sächsischen Processes bezeichnet wird, jedoch, wie die bewährtesten Rechtslehrer, als Martin, Lehrbuch des ordentlichen Civilprocesses, 10te Ausg. §. 101., Gönner, Handbuch des gemeinen Processes, 2te Ausg. Th. II. p. 193. 226. f., Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß, 5te Aufl. p. 14., Mittermaier, der gemeine bürgerliche Proceß, 3te Ausg. Bd. I. p. 177. ff. Linde, Lehrbuch des ordentlichen Processes, 5te Ausg. §. 144. gezeigt haben, und wie Albrecht, die Ausbildung des Eventualprincips ꝛc. Marburg 1837. p. 26. ff. unter sorgfältiger, wenn auch in schwülstiger Rede bewirkter Prüfung aller, unsern Gegenstand betreffenden Quellen dargethan hat, bereits dem gemeinen Rechte angehört [1]), besteht bekanntlich in dem Grundsatze, nach welchem die Parteien alle ihre Vertheidigungs-, Rechtsverfolgungs- und Beweismittel, deren sie sich in dem Processe bedienen wollen, auf einmal, und wenn sie auch nicht alle nothwendig sein sollten, wenigstens eventuell vorzubringen schuldig sind [2]). Die Nichtbeobachtung der

---

1) Wiewohl sich nicht leugnen lassen wird, daß die Ausbildung der Eventualmaxime, wie sie in dem J. R. A. §. 34. 37. 48. 70. 78. niedergelegt ist, aus den Bestimmungen der A. P. O. Tit. XI. §. 6. 10. hervorgegangen sein mag.

2) S. Mittermaier, a. a. O. p. 178. Martin a. a. O. §. 101. Weil der Richter über alle, zu Folge der Eventualmaxime ihm zur Entscheidung vorgelegten und hierzu bereits reifen Punkte auf einmal verfügen und entscheiden muß, so wendet Albrecht a. a. O. p. 66. 67. Linde, a. a. O. §. 144. a. E. den Begriff der Eventualmaxime auch auf den Richter an.

durch alle Stadien des Processes und durch alle Instanzen sich geltend machenden [3]) Eventualmaxime wird als Contumacialfall behandelt, und hat den Verlust der nicht vorgebrachten Vertheidigungs-, Rechtsverfolgungs- und Beweismittel zur Folge. Nicht verloren gehen nach der Natur der Sache diejenigen Vertheidigungs-, Rechtsverfolgungs- und Beweismittel, welche erst nach Ablauf der, zu deren Vorlegung bestimmten Frist entstanden oder den Parteien bekannt worden sind, so wie nach c. 12. X. de exceptionib. (II. 25.), clem. un. eod. tit. (II. 10.) diejenigen Einreden, welche das Wesen des Processes betreffen, und zu jeder Zeit vorgeschützt werden können, ausnahmweise auch die sogenannten privilegirten Ausflüchte, welche wenn schon sie bereits zur Zeit des ersten Verfahrens der Partei bekannt waren, selbst noch in der Executionsinstanz, vorausgesetzt daß sie alsdann liquid sind, vorgeschützt werden können [4]). Von der andern Seite pflegt man aber auch zur Anwendung der Eventualmaxime, also zur Cumulation mehrerer Vertheidigungs-, Rechtsverfolgungs- und Beweismittel zu erfordern, daß dieselben concurrirender Art sind d. h. daß sie neben einander, wenn auch nicht gleichzeitig, zur processualischen Anwendung kommen können. Man gestattet daher neben dem Eidesantrage den gleichzeitigen Gebrauch noch eines andern Beweismittels weder derjenigen Partei, welche den Beweis führt, noch auch dem Gegner derselben; auch wird neben dem Leugnen einer auf den angetragenen Eid gestellten Behauptung des Gegners und neben der Annahme dieses Eides keine peremtorische Einrede zugelassen (negans jurejurando delato et acceptato non excipit). Wie nun wohl hierdurch ausgesprochen wird, daß der Eidesantrag nicht mit andern Beweismitteln concurriren (cumulirt werden), und auch daß der Beklagte, wenn ihm der Eid angetragen worden ist, in einem gewissen Falle, nemlich bei der Annahme des Eides, neben dem

3) Albrecht, a. a. O. p. 57.

4) Nach gemeinem Rechte ist die Existenz dieser privilegirten Einreden sehr zweifelhaft. S. Danz, ordentl. Proc. §. 186., Gönner, a. a. O. Th. II. p. 194. f., Martin, a. a. O. §. 97. not. h. §. 296., Linde, a. a. O. §. 208. a. E. §. 376. not. 4., Reinhardt, Handbuch des ordentlichen Processes §. 126. 368. Danz rechnet hierher die Einreden des Macedonianischen und Vellejanischen Senatusconsults, und alle diejenigen Einreden, welche auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gehen oder den Kläger doch sonst in einen Dolus versetzen. In Sachsen gehörten hierher (nach der E. P. O. Tit. XXXIX. §. 6. p. 79.) die Einrede der Zahlung, des Vergleichs, der res judicata, der Compensation. Durch das Gesetz vom 28. Febr. 1838. §. 40. (G. u. V. B. p. 210.) sind sie aufgehoben.

Vertheidigungsmittel der negativen Antwort auf die Klage nicht auch des Vertheidigungsmittels der peremtorischen Einrede sich bedienen darf; [5]) so ist dagegen nirgends von den Rechtslehrern ein Grundsatz aufgestellt worden, nach welchem sich die Concurrenz oder die Collision der mehrern Vertheidigungsmittel beurtheilen ließe, vielmehr ist ein gewisses Dunkel über das Verhältniß durch die insgemein angenommene Meinung gebreitet worden, daß auch solche Einreden zuzulassen seien, welche unter sich selbst oder mit der Antwort auf die Klage in einem scheinbaren Widerspruche stehen, (unius positio non est alterius exclusio — excipiens non fatetur) und daß namentlich neben dem Leugnen des Darlehns die Einrede der Zahlung, und neben der Einrede der Zahlung die Einrede des Erlasses aufrecht erhalten werden müsse [6]). Diese gewöhnliche Meinung gründet sich auf die Aussprüche in fr. 9. D. de except. (XLIV. 1.) und c. 9. C. eod. (VIII. 36.), von denen jener ganz allgemein so lautet:

non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia (qui) exceptione utitur.

Werner, im Archive f. c. P. Bd. XI. Abh. 4. p. 52. ff. bestreitet dieselbe, indem er sich hauptsächlich auf ein paar Stellen des canonischen Rechts stützt, und behauptet, daß wenn auch ein in einer zerstörlichen Einrede enthaltenes Anerkenntniß nicht als ein wahres Bekenntniß (confessio) erachtet werden könne, weil mit einem Bekenntnisse die Absicht, freiwillig zu bekennen, verbunden sein müsse, und weil der gedachten Annahme einige Gesetzstellen entgegenstehen, dennoch immer in demselben eine Ueberführung (convictio) zu finden sei. Er meint daher, daß der Beklagte, welcher dem Vindicationsanspruche des Klägers die Einrede des Tausches, oder welcher der Forderung die Einrede der Zahlung entgegensetze, des Klaggrundes für überführt erachtet, und Kläger von dem Beweise der Klage freigelassen werden müsse. Ja er geht selbst so weit, daß er in dem Vorschützen der Einrede der Compensation eine Ueberführung des Beklagten und hinreichenden Grund,

---

5) Vergl. Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen, Bd. I. Abh. 15. p. 266. ff. und dagegen Linde, im Archive f. c. P. Bd. XII. Abh. 1. und 14. Albrecht, a. a. O. p. 58. ff.

6) Gönner, a. a. O. Th. II. p. 227. f. Biener, syst. proc. jud. ed. noviss. §. 69. not. 5. v. Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, 2te Aufl. §. 174.

den Kläger mit dem Beweise der Klage zu verschonen, findet. Es scheint nun aber weder jene gewöhnliche Meinung, noch diese Ansicht Werners unbedingt gebilligt werden zu können, vielmehr das Rechte auch hier, wie so oft, in der Mitte zu liegen, und diese Mitte kann recht füglich mit einem Grundsatze bezeichnet werden. Dieser Grundsatz wird folgender sein: So oft zwei oder mehrere Vertheidigungsmittel in einem innern, civilrechtlichen Widerspruche mit einander stehen, so oft ist deren Cumulirung in dem Processe nicht zulässig. Ob nun ein solcher Widerspruch mehrerer gebrauchter Vertheidigungsmittel mit einander vorhanden sei, oder nicht, wird in den meisten Fällen der Beurtheilung des Richters anheimgestellt bleiben müssen, indem die Anwendung des Princips zumeist von der Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse abhängt. Die angezogene Pandectenstelle scheint dieß anzuerkennen, da sie doch wohl nur so zu verstehen ist: Der Beklagte, welcher mit einer peremtorischen Einrede hervortritt, gesteht in der Regel den Klaggrund zu (existimatur confiteri), jedoch nicht in allen Fällen (non utique)[7].

Inzwischen werden doch einige Cumulationsfälle auch in abstracto sich beurtheilen lassen, und es sind dieß gerade einige der häufiger in der Praxis vorkommenden. Derjenige Beklagte, welcher behauptet, daß er die Sache, welche der Kläger jetzt von ihm vindicirt, durch einen mit diesem abgeschlossenen Kauf oder Tausch eigenthümlich erworben habe, kann mit dieser Einrede das Leugnen des Klaggrundes, also die Erklärung, daß der Kläger nicht das Eigenthum der Sache vorher gehabt habe, durchaus nicht verbinden. Dieses Leugnen steht mit jener Einrede unverkennbar in einem innern, civilrechtlichen Widerspruche, denn wer von dem Andern durch Kauf oder Tausch das Eigenthum einer Sache erworben haben will, kann diese Erwerbung doch nicht anders gemacht haben, als wenn auch sein Autor das Eigenthum gehabt hat, und der Beklagte gesteht daher nothwendig mit jener Einrede das Eigenthum des Klägers zu, neben diesem virtuellen Zugeständnisse aber kann das formelle Leugnen des Eigenthumes des Klägers nicht aufkommen. So ist auch in c. 6. X. de exceptionib. entschieden, und Werner a. a. O. hat diese Entscheidung wenigstens in der Hauptsache gebilligt.

7) S. Werner, a. a. O., Biener, l. l. §. 69. not. 5.

Leugnet der Beklagte das Eigenthum des Klägers an der vindicirten Sache, fügt jedoch bei, daß diese eine Zeit lang von dem Kläger besessen, von ihm aber, dem Beklagten, durch Kauf oder Tausch, den er mit einem Dritten abgeschlossen gehabt, oder durch Verjährung erworben worden sei, so vereinbart sich diese Einrede recht gut mit jenem Leugnen, denn es kann der Beklagte recht füglich das Eigenthum der Sache auf eine der angegebenen Weisen erworben haben, ohne daß der Kläger vorher Eigenthümer der Sache gewesen sein muß. Dieß ist daher ein Fall, wo die Regel Anwendung findet: excipiens non fatetur, und wo nach Vorschrift der c. 9. C. de exceptionib. vorerst der Beweis der Klage und dann der Beweis der Einrede zu führen ist.

Wenn der Beklagte anführt, daß er dem Kläger das jetzt geforderte Darlehn zurückgezahlt habe, wenn er also die Einrede der Zahlung vorschützt, so kann sein formelles Leugnen, daß Kläger ihm das Darlehn vorgeschossen habe, nicht weiter beachtet werden, denn er bezeichnet in der Einrede den Kläger als seinen Gläubiger, und mit dem Leugnen bestreitet er ihm wieder diese Eigenschaft, er widerspricht sich also selbst, und es kommt in diesem Falle nur auf den Beweis der Einrede der Zahlung an, wie Werner, a. a. O. p. 57. f. not. 7. mit Recht behauptet.

Wenn dagegen der Beklagte das Darlehn leugnet und damit die Einrede der Compensation auf den Grund einer ganz andern Forderung verbindet, so verträgt sich Beides neben einander ohne alle Störung, denn die Existenz der Forderung, mit deren Objecte der Beklagte compensiren will, ist durchaus nicht bedingt von der Existenz der Forderung des Klägers, und der Beklagte würde seine Forderung wider den Kläger geltend machen können, wenn auch der Kläger die Seinige nicht beweisen sollte. Der Behauptung Werners a. a. O. p. 58. not. 8., daß in der Einrede der Compensation ein Einräumen der Liquidität der gegentheiligen Forderung liege, mögen wir daher nicht beistimmen, vielmehr halten wir mit Grolman a. a. O. p. 352. die Einrede hier für ein eventuelles Vertheidigungsmittel, welches erst dann zur Anwendung kommt, wenn der Kläger seine Klage bewiesen hat.

Wenn es ferner denkbar ist, daß ein Schuldner den Betrag der Schuld seinem Gläubiger bezahlt, und daß nichts desto weniger dieser noch besonders, und zwar entweder vor oder nach der Zahlung, dem Schuldner die Forderung erlassen habe, so können auch

die Einreden der Zahlung und des Erlasses ohne Störung neben einander gestellt und gleichzeitig zum Beweise gebracht werden, wiewohl auch die Einrede des Erlasses eben so wenig, wie die der Zahlung, mit dem Leugnen der Forderung sich verträgt.

Nicht in jedem Falle verträgt sich die Einrede des Befugnisses, welche der Beklagte in der Negatoriensache vorschützt, mit der gleichzeitig vorgeschützten Einrede des Eigenthums. Ein aus der Praxis entnommener Fall mag dieß illustriren. In einer Negatoriensache, deren Gegenstand ein Grundstück war, welches nur zur Hutung benutzt werden konnte, behauptete der Beklagte, mit Beziehung darauf, daß er durch die Verjährungsfrist hindurch sein Vieh auf dem Grundstücke frei und öffentlich gehütet habe, das Eigenthum an demselben, und fügte dem bei, daß wenn der Kläger, nicht aber er, der Beklagte, das Eigenthum beweise, er auf den Grund derselben, von ihm während der Verjährungsfrist vorgenommenen Handlungen die Hutungsservitut an der sodann ihm fremden Sache beanspruche. Die Juristenfacultät zu Leipzig, an welche die Sache zu Fällung des Beweisinterlocuts und später auch der Definitivsentenz gelangte, setzte die Ausflucht des Hutungsbefugnisses ganz bei Seite und behandelte die Sache nicht weiter als Negatorien-, sondern als Vindicationssache. Das Bezirksappellationgericht jedoch und auch das Oberappellationgericht, an welche das Interlocut zu Folge eingelegter Rechtsmittel gelangte, fanden die Cumulation beider Einreden für statthaft, und erklärten es für möglich, daß eine Vindicationssache im Laufe des Processes zu einer Negatoriensache sich umgestalten könne. Das Bezirksappellationgericht sprach sich in den Gründen so aus: An sich sei es der, dem sächsischen Processe (?) eigenthümlichen Eventualmaxime völlig angemessen, eine successive Cumulation mehrerer Einreden, von denen allerdings die eine nicht neben der andern bestehen könne, für statthaft zu achten. Der Satz: res propria nemini servit stehe also dem Beklagten nicht entgegen, weil von dem behaupteten Befugnisse nur unter der Voraussetzung, daß die Eigenthumsfrage zu Klägers Gunsten entschieden werde, die Rede sein solle. Geschehe dieß, so träten wieder ganz die bei der Negatorienklage vorkommenden Verhältnisse ein, und es werde daher dann die eventuell vorgeschützte Einrede des, dem Beklagten zustehenden Befugnisses weiter zu prüfen sein. Dem war in den Entscheidungsgründen des Oberappellationgerichts beigefügt: Der Gerichtsbrauch desselben habe sich

dahin entschieden, daß ein Beklagter, welcher in der irrigen Meinung, nicht der Kläger, sondern er sei der Eigenthümer eines Grundstücks, daselbst per tempus praescriptum Nutzungsrechte ausgeübt habe, diese Besitzhandlungen, obschon er dieselben animo dominium, nicht animo servitutem exercendi ausgeübt habe, mit Erfolg anziehen dürfe, um für den Fall, daß ihm das Eigenthum sollte aberkannt werden, das Mindere, die servitutenmäßige Rechtszuständigkeit, zugesprochen zu erhalten. Die Ansicht der Juristenfacultät ward mit folgenden Gründen gerechtfertigt: Eine und dieselbe Handlung des Beklagten könne nicht einen verschiedenen und zwar sich innerlich widerstrebenden Character haben. Der Beklagte könne die Hutung nicht gleichzeitig als einen actus dominii und wieder als einen actus servitutis ausgeübt haben, und der actus dominii bezogen zu dem actus servitutis verhalte sich nicht, wie das majus zu dem minus, vielmehr bilde die Ausübung einer Handlung in re propria geradehin den Gegensatz einer in re aliena ausgeübten Handlung. Der Beklagte könne nicht gleichzeitig dieselbe Sache als propria und wieder als aliena angesehen haben, und wenn er sie als propria betrachtet habe, so habe ihm der zur Adquisitivverjährung erforderliche animus usucapiendi gefehlt, er habe also gar nicht durch Verjährung erwerben können [8]. Wolle man den Beklagten, nachdem er sein behauptetes Eigenthum nicht erwiesen habe, noch zu dem Beweise des auf dem Grundstücke durch Verjährung erworbenen Hutungbefugnisses lassen, so schiebe man ihm den animus usucapiendi unter und fingire sonach das Vorhandensein eines Erfordernisses der Adquisitivverjährung, welches in der That fehle.

---

8) S. Glück, Pandect. Comment. Th. IX. p. 7. 130. ff., Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilrechts, 4te Ausg. München 1831. Th. I. p. 345.

XXI.

Zur Lehre von der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

Der Juristenfacultät zu Leipzig lag jüngst folgender interessanter Fall vor. Ein ordentlicher Civilproceß, in welchem auf Beweis und Gegenbeweis erkannt worden war, schreitet fort bis zur vollendeten Zeugenabhörung, über welche auch bereits die Rotel gefertigt sind. Darauf schlagen die Parteien den Streit durch Vergleich nieder, und es beantragt nun der Kläger, daß die Rotel noch eröffnet werden möchten. Bei dem Widerspruche des Beklagten wird die Einholung rechtlichen Erkenntnisses über die Differenz resolvirt. Die Entscheidung fiel zu Gunsten des Beklagten aus, der Antrag des Klägers ward für unstatthaft erklärt, und die Motiven bestanden darin, daß die Rotel eben so gemeinschaftlich beiden Parteien seien, wie die Zeugen selbst, deren Aussagen sie enthalten, und daß daher die eine Partei ohne Zustimmung der andern über die Rotel nicht verfügen könne. Die Entscheidung erscheint der Sachlage ganz angemessen; allein es fragt sich, ob zu deren Begründung nicht noch tüchtigere processualische Motiven sich auffinden lassen, als die eben angezeigten. Es soll dieß unsere Aufgabe sein.

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, deren Begründung gewöhnlich in nov. 49. c. 2., der daraus entnommenen auth. Ad haec post c. 20. C. de fide instrum. (IV. 21.) und auch wohl in fr. 26. §. 2. D. depositi (XVI. 3.), fr. 24. 26. D. de constit. pecunia (XIII. 5.), fr. 16. D. de administr. et periculo tutor. (XXVI. 7.), fr. 39. §. 1. D. de operis libert. (XXXVIII. 1.), fr. 11. D. de neg. gest. (III. 5.), c. 19. X. de censib. (III. 39.) gesucht wird, jedoch schon in der Idee, den Richter nicht zu einem gegen den Inhalt der Acten, blos aus Rücksicht auf das formelle Vorbringen der Parteien, gefertigten Erkenntnisse zu nöthigen, also dem formellen Rechte nicht einen Sieg über das materielle

Recht zu verleihen, gefunden werden muß[1]); deren Bedingung ist, daß die eine Partei ein Beweismittel vorlegt zum Zwecke des zu führenden Beweises[2]); deren Entstehung endlich nach gemeinem Rechte von der wirklichen Production der Beweismittel, nach sächsischem Rechte aber in Betreff derjenigen Urkunden, welche den Beweisartikeln im Originale oder in Abschrift beigefügt worden sind, von der Induction, in Betreff derjenigen Urkunden, deren Edition gesucht worden ist, ohne daß der Beweisführer den Artikeln hat eine Abschrift beilegen können, von Zeit der erfolgten Edition, in Betreff aller andern Urkunden von deren Production und in Betreff der Zeugen und Sachverständigen von Zeit der Vereidung derselben an sich datirt[3]) — diese Gemeinschaftlichkeit äußert ihre Wirksamkeit darin, daß der Product die gemeinschaftlich gewordenen Beweismittel nun auch zum Beweise seiner (nicht versäumten oder präcludirten) Vertheidigungssätze benutzen, und daß der Beweisführer zwar zu seinem, nicht aber zum Nachtheile seines Gegners, über dieselben verfügen darf[4]). Dem Producenten ist also nicht jede Verfügung über seine Beweismittel von dem Zeitpunkte an versagt, wo sie gemeinschaftlich geworden sind; nur solcher einseitigen Verfügungen muß er sich enthalten, welche dem Gegner zum Nachtheile gereichen. Eine solche, dem Gegner nachtheilige Verfügung würde der Verzicht sein auf das gemeinschaftliche Beweismittel, und weil in der Praxis ein solcher Verzicht nicht selten vorkommt, so pflegt man dessen Unzulässigkeit als die hauptsächliche Wirkung der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zu bezeichnen[5]). Da die processualischen Rechte der Parteien einander gleich sind, so darf auch der Product nicht zum Nachtheile des Producenten über ein, von diesem gebrauchtes Beweismittel, nachdem es gemeinschaftlich geworden ist, verfügen, er darf also z. B. auf die von ihm zu einem Zeugenartikel gegebenen besondern Fragstücke nicht einseitig

1) Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Bd. VI. Heft 3. p. 383. ff.

2) Linde, a. a. O.

3) Gönner, Handb. des gem. Proc. Bd. II. Abh. 39. p. 314., Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilpr. p. 434., Martin, Lehrb. des bürg. Proc. §. 187., Linde, Lehrb. des Civilproc. §. 251., Kind, quaest. for. T. III. c. 63. Biener, syst. proc. jud. §. 135. not. 4., §. 137. not. 7., Weiske, Handb. des Civilproc. Lpz. 1841. §. 326. 358.

4) Martin, a. a. O., Linde, Lehrb. §. 251. Reinhardt, Handb. des ordentl. Proc. §. 191., welcher den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit auf die Urkunden beschränkt wissen will, weil die nov. 49. nur von Urkunden redet.

5) Linde, Lehrb., a. a. O., Biener, l. l., Kind. l. l.

verzichten. Wenn nun die eine Partei, nachdem der Proceß verglichen worden ist, noch auf Eröffnung der Zeugenrotel anträgt, so liegt darin, die Partei mag nun Producent oder Product sein, durchaus kein Versuch, zum Nachtheile des Gegners über die gebrauchten Zeugen zu verfügen, denn die Zeugen mögen ausgesagt haben, wie sie wollen, zum Nachtheile oder Vortheile der einen oder der andern Partei, es hat dieß durchaus keinen Einfluß auf den geschlossenen Vergleich und auf den, durch den Vergleich beendigten Proceß. Ja es läßt sich nicht einmal mehr von der Anwendung der Grundsätze über Gemeinschaftlichkeit der in einem Processe gebrauchten Beweismittel sprechen, wenn der Proceß auf irgend eine Weise, wie z. B. durch Vergleich, beendigt worden ist, und wollte man dennoch in unserm Falle davon sprechen, so hätte gerade jener, auf den fortgesetzten Gebrauch der angewendeten Zeugen gerichtete Antrag des Klägers als ein Ausfluß der Gemeinschaftlichkeit dieser Zeugen aufrecht erhalten, und der Widerspruch des Beklagten bei Seite gesetzt werden müssen. Indessen konnte doch des Klägers Gesuch nicht Platz greifen. Dasselbe enthielt in der That nichts anderes, als einen Antrag auf Vornahme einer, nur die Fortstellung des Processes angehenden Handlung, der Kläger konnte aber, nachdem der Proceß durch Vergleich beendigt, also eigentlich gar kein Proceß mehr vorhanden war, ohne Zustimmung des Beklagten den Proceß nicht wieder aufnehmen oder, was dem im vorliegenden Fall ganz gleich ist, eine die Wiederaufnahme des Processes angehende Handlung nicht beantragen.

XXII.

Ueber die Qualification der zu gerichtlicher Vornahme einer Cession nöthigen Vollmacht.

Nicht selten kommt in der Praxis die Frage vor, wie die Legitimation eines Anwalts beschaffen sein müsse, welcher die Forderung seines Constituenten mit rechtlicher Wirkung cediren will. Besonders in Beziehung auf hypothekarische Ansprüche ist die Frage von Wichtigkeit. Um sie zu beantworten, muß an die Eintheilung des mandatum in generale und speciale erinnert werden, wozu nach sächsischem Rechte noch das mandatum specialissimum hinzutritt. Das mandatum generale ist der ganz allgemein gefaßte Auftrag, eine Angelegenheit, namentlich einen Proceß, oder auch mehrere für Jemanden zu führen; das mandatum speciale dagegen ist der, auf die Vornahme einer bestimmten Handlung gerichtete Auftrag. Mit dieser Eintheilung ist nicht die zu verwechseln in mandatum universale, particulare und singulare, wovon Jenes der Auftrag ist, alle Angelegenheiten einer gewissen Person zu besorgen, das Zweite auf die Besorgung nur Einer Angelegenheit gerichtet ist, und das Dritte blos zur Vornahme einer einzelnen Handlung berechtigt[1]. Das mandatum singulare muß jederzeit auch ein mandatum speciale sein, das mandatum universale und particulare aber kann eben so gut ein mandatum generale, wie ein mandatum speciale sein. Der Begriff des mandatum generale ist völlig unvereinbar mit dem Auftrage zur Vornahme einer einzelnen Handlung, und selbst die ganz allgemeine Fassung eines solchen Auftrags würde ihn nicht zum mandatum generale machen. Der Auftrag daher, einen Termin abzuwarten, ist ein mandatum speciale, es mögen noch so viele verschiedene Handlungen in dem

---

1) S. Biener, syst. proc. §. 40. Reinhardt, Handb. des ord. Proc. §. 71. vermischt die beiden Eintheilungen mit einander.

Termine nach Vorschrift der Ladung dazu vorzunehmen sein[2]). Das mandatum generale bezieht sich also, wenn nicht auf mehrere Angelegenheiten, doch jedesmal auf eine Angelegenheit, zu deren Besorgung mehrere sich an einander reihende, und zu verschiedenen Zeiten hervortretende Handlungen vorzunehmen sind. Das mandatum generale legt man auch den präsumtiven Anwälten bei[3]).

Um nun zu bestimmen, welche einzelnen Handlungen der mandatarius generalis vornehmen könne, und welche nicht, pflegt man gewöhnlich, unter Bezugnahme auf einige Festsetzungen des römischen und canonischen Rechts, mehrere Handlungen aufzuzählen, zu deren Vornahme man ein mandatum speciale erfordert, und knüpft die Bemerkung daran, daß zur Vornahme der übrigen nicht genannten Handlungen schon das mandatum generale ermächtige. Dabei haben die Processualisten bald mehr, bald weniger Handlungen als actus specialis mandati bezeichnet, und es ist dadurch eine, für den Proceß oftmals unheilbringende Verwirrung entstanden[4]). Bestimmter und daher vorzuziehen ist die Theorie, nach welcher der mandatarius generalis nur zu solchen Handlungen ermächtigt sein soll, aus deren Vornahme dem Mandanten kein Nachtheil, sondern nur Vortheil erwachsen kann, so daß zur Vornahme aller solchen Handlungen, aus denen eben so gut ein Nachtheil, wie ein Vortheil, für den Mandanten möglicher Weise entstehen kann, ein mandatum speciale erfordert werden muß[5]). Wie es jedoch für die Aussteller von speciellen Vollmachten lästig und für die Führung einer ganzen Angelegenheit, namentlich eines ganzen Processes, störend sein würde, wenn jede wichtige Handlung, welche der Mandatar vornehmen will, einzeln in der Vollmacht aufgeführt werden sollte, so hat man schon längst eine Vollmacht, welche nur einige actus mandati specialis ausdrücklich und daneben die Clausel, daß der Mandatar auch alle übrige, wenn schon nicht genannte actus specialis mandati vorzunehmen berechtigt sein sollte, (die clausula cum libera, cum simili sc. potestate), für ausreichend erachtet zur Vornahme aller, denkbarer Weise bei einer Angelegenheit vorkommenden Handlungen, die dem Mandan-

---

2) Biener, l. l. §. 40. not. 6.,

3) Reinhardt, a. a. O. §. 71. in Verbindung mit §. 68., Martin, Lehrb. des gemeinen bürgerl. Proc. §. 77.

4) Reinhardt, a. a. O. §. 72.

5) Biener, l. l. §. 72.

ten eben so gut Nachtheil bringen können, als Vortheil. So steht die Sache nach gemeinem Rechte. Das sächsische Recht weicht davon insofern ab, als es gewisse Handlungen wegen ihrer besondern Wichtigkeit als solche bezeichnet hat, welche unter jene Clausel nicht fallen, vielmehr ausdrücklich in der Vollmacht genannt sein müssen, wenn der Anwalt zu deren Vornahme berechtigt sein soll. Diese Handlungen werden actus specialissimi mandati genannt, und sind nach der E. P. O. Tit. VII. §. 2. folgende: in der Hauptsache sich zu vergleichen, Geld und Geldeswerth (mit Ausnahme der Kosten) in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren, dem Processe und Proceßrechte zu entsagen, Eide zu erlassen und für geleistet zu erachten, Urkunden für herausgegeben und anerkannt anzusehen, Abschriften für Urschriften anzuerkennen. Eine Vollmacht, in welcher diese actus aufgeführt sind, heißt mandatum specialissimum.

Wird nun diese Eintheilung des Mandats in Verbindung gestellt mit der Vornahme einer Cession, so erscheint es wohl unzweifelhaft, daß die Letztere zu den actus specialis mandati gehört, denn die Cession enthält jederzeit eine Vermögensveräußerung, und eine Vermögensveräußerung kann, wenn sie auch nicht rein unentgeldlich erfolgt, dem Veräußernden nachtheilig sein. Der Anwalt bedarf daher zur Vornahme einer Cession sicher eines mandatum speciale, welches, wenn es nicht den Auftrag der Cession namentlich ausdrückt, jedenfalls neben der Aufzählung anderer actus mandati specialis noch die clausula cum libera oder simili enthält. Doch wird, nach dem oben Gesagten, der allgemeine Auftrag des Cedenten, den Cessionstermin für ihn abzuwarten, zur Vornahme der Cession vollkommen ermächtigen. Eine andere Frage aber ist: ob nicht nach sächsischem Rechte die Vornahme einer Cession zu den actus specialissimi mandati gerechnet werden, und also die Ermächtigung dazu ausdrücklich in dem Auftragsinstrumente genannt sein müsse? Viele bejahen ohne Weiteres die Frage und vermehren somit die Zahl der actus specialissimi mandati um einen, indem sie sagen, es gehöre die Quittungsleistung nach den klaren Worten der E. P. O. Tit. VII. §. 2. zu diesen actus, und es werde bei jeder Cession von dem Cedenten ausdrücklich oder stillschweigend eine Quittung geleistet. Indeß scheint diese Meinung wenigstens nicht ganz richtig. Bekanntlich ist nicht jede Cession durch eine Gegenleistung bedingt, es kommen der unentgeld-

lichen Cessionen eben so viele vor, wie der entgeldlichen; und wenn der zwar nicht mit einem mandatum specialissimum, jedoch mit einem mandatum speciale cum clausula versehene Anwalt eine entgeldliche Cession vornimmt und über die bedungene Gegenleistung quittirt, so kann wegen der offenbaren Ungiltigkeit der Quittung nicht auch die Cession selbst ungiltig werden, vielmehr muß in einem solchen Falle dem Cedenten, während er die Cession selbst, also die Vermögensentäußerung, nicht anfechten kann, das Recht ungeschmälert sein, die Gegenleistung einzufordern, ohne daß ihm seines Anwalts Quittung mit Erfolg entgegengehalten werden darf. Dagegen enthält die ausdrückliche Ermächtigung, eine entgeldliche Cession vorzunehmen, jedesmal stillschweigend den Auftrag, nicht blos über die Gegenleistnng den Cessionar zu quittiren, sondern auch die Gegenleistung selbst in Empfang zu nehmen, weil die vollständige Vornahme einer solchen Cession nicht ohne die Quittung bewirkt werden kann, die Quittung in der Regel nicht ohne die vorgängige Leistung dessen, worauf sie lautet, geleistet wird, und angenommen werden muß, daß der Cedent, welcher Jemanden zur Vollziehung der Cession beauftragt, diesen zu vollständiger Vornahme der Cession ermächtigt haben wolle.

Eine andere Frage ist noch die, ob nicht der Auftrag zu gerichtlicher Vornahme einer Cession auch gerichtlich vollzogen oder bewiesen werden müsse? Wir beantworten sie in Folgendem. Das Gericht oder, allgemeiner gesprochen, die Behörde, wo der Beauftragte handeln soll, muß von dessen richtiger Bestellung Ueberzeugung erhalten, und es wird diese Ueberzeugung bei mündlicher Bestellung nur durch die mündliche Erklärung des Auftraggebers selbst vor der Behörde oder durch die Aussage eidlich abgehörter Zeugen, bei schriftlicher Bestellung aber durch gerichtlich vollzogene oder anerkannte Urkunden bewirkt[6]). Indessen ist es langjährige Praxis des gemeinen und auch des sächsischen Rechts, welche Letztere auf die Bestimmung in der E. P. O. Tit. VII. §. 1., nach welcher nur des Schreibens Unkundige zu gerichtlicher Vollziehung der Vollmachten gehalten sind, sich gründet, daß auch eine außergerichtliche, wenn schon nicht recognoscirte Vollmacht für ausreichend angesehen wird, vor Gericht für einen Andern zu handeln. Nur zur Vornahme derjenigen Handlungen, zu deren rechtlichen Existenz die Mitwirkung des Gerichts,

6) Reinhardt, a. a. O. §. 67.

der Behörde erforderlich ist, z. B. also bei allen Verfügungen über das Eigenthum unbeweglicher Sachen, bei der Insinuation einer, über 500 Soliden betragenden Schenkung, hält man eine nicht recognoscirte außergerichtliche Vollmacht nicht für gnügend, und zwar darum, weil eben bei den Handlungen dieser Art das Gericht, die Behörde hauptsächlich mitthätig ist, gewissermaaßen selbst an der Handlung Theil nimmt, und weil, was insbesondere die Verfügungen über das Eigenthum unbeweglicher Sachen angeht, diese nach teutschem Rechtsbegriffe überall auf der klaren Autorisation der öffentlichen Intabulationen beruhen müssen. Zu solchen Verfügungen gehört auch die Bestellung, Uebertragung und Löschung der Hypotheken an unbeweglichen Sachen, und es dürfen daher diese Handlungen von einem Anwalte nicht anders mit rechtlichem Erfolge vorgenommen werden, als wenn derselbe durch gerichtlich vollzogene oder anerkannte Vollmacht dazu berechtigt worden ist. Einer solchen Vollmacht also bedarf der Anwalt, welcher eine Hypothek an einer unbeweglichen Sache für seinen Constituenten cediren will; zur gerichtlichen Vornahme einer jeden andern Cession ist die gerichtliche Vollziehung oder Recognition der Vollmacht nicht nöthig.

XXIII.

Ueber den Einfluß des Todes der einen Proceß-partei auf den fernern Gang des Processes.

In §. 99. des J. R. A. heißt es wörtlich: Damit auch, wann etwa vor Beschließung der Sachen ein oder ander Theil von den streitenden Partheyen mit Tode abgeht, von deren nachgelassenen Erben und deren Procuratoren, als welche sich ohne vorgehende Citation ad readsumendum zu legitimiren nicht begehren, keine Gefährlichkeit zu Verlängerung des Proceß gebraucht werde, so sollen die Gewält gleich Anfangs auf der Partheyen Erben mitgestellt werden, und auf einer oder anderer Parthey tödtlichen Hintritt nicht nöthig seyn, die Erben ad readsumendam litem zu citiren, u. s. w.

Wiewohl diese Stelle sich zunächst nur auf den reichsgerichtlichen Proceß bezieht[1]), so enthält sie doch den Ausdruck der gemeinrechtlichen Praxis über den Einfluß des, im Laufe des Processes eingetretenen Todes der einen oder andern Partei auf den fernern Proceßgang, und über die Wirkung einer, mit der clausula heredum versehenenen Vollmacht, wie diese Praxis vor der Promulgation des J. R. A. bestanden hat und auch nachmals beibehalten worden ist. Es kann dieß nicht befremden, da bekanntlich die Praxis in den Landgerichten nach der, der Reichsgerichte sich gebildet hat, und wieder die Reichsgerichte bei Fortbildung ihrer eignen Praxis den Brauch der Landgerichte nicht unbeachtet ließen.

Die gemeinrechtliche Praxis über die gedachten Punkte selbst ist folgende. Mit dem Tode der einen oder andern Partei wird der Proceß sistirt, bis die Erben des Verstorbenen benannt, in dieser Eigenschaft legitimirt worden sind und den Proceß entweder freiwillig oder nach vorausgegangener citatio ad readsumendum in

1) Reinhardt, Handbuch des gem. Proc. §. 67. not. 2.

dem Termine vere oder ficte, in letzterer Weise zu Folge ihres Ungehorsams, wieder aufgenommen haben [2]). Dieß setzt jedoch voraus, daß die von der verstorbenen Partei auf ihren Anwalt ausgestellte Vollmacht die clausula heredum nicht enthält. In so weit also wird der Fall der, im Processe auf der einen oder andern Seite vorkommenden Universalsuccession ganz gleich behandelt, wie der einer Singularsuccession. Anders ist es, wenn die Vollmacht der verstorbenen Partei die clausula heredum enthält. In solchem Falle hemmt der Tod der Partei den Proceß nicht, vielmehr wird dieser mit dem Anwalte der verstorbenen Partei so lange fortgestellt, bis die Erben von dem Processe sich lossagen. Um jedoch über diesen letztern Punkt, sobald thunlich, Gewißheit zu erlangen, und auch die Personen kennen zu lernen, welche anstatt des Verstorbenen in den Proceß eintreten, und welche, da nöthig, die ihrer Partei obliegenden processualischen facta personalissima verrichten sollen, wird dem Anwalte, unter Einräumung einer dreimonatlichen oder auch kürzern Frist, wie der J. R. A. am Schlusse der §. 99. ebenfalls bestimmt, nächst dem Nachweise des eingetretenen Todes der Partei die Namhaftmachung und Sachlegitimation der Erben, so wie endlich die Beibringung einer, von den Erben ausgestellten Vollmacht aufgelegt. Die clausula heredum ist kein wesentlicher Bestandtheil der Vollmachten [3]), insbesondere bietet die obige Bestimmung des J. R. A. keinen Anhalt zur Vertheidigung dieser Ansicht [4]); allein es leidet keinen Zweifel, daß sie, wie dieß auch im Eingange der §. 99. des J. R. A. gesagt ist, um Verzögerungen des Processes vorzubeugen, dienlich, und daher deren Aufnahme in den Vollmachten räthlich sei [5]). Alles dieß gilt jedoch unbeschadet der Deliberations- und Inventarienfristen, dergestalt daß wenn die Erben das beneficium deliberandi oder das beneficium inventarii gewählt haben, dieselben vor Ablauf der gedachten Fristen weder zu Fortstellung des, von ihrem Erblasser begonnenen Processes gehalten, noch auch — wenn nemlich die von ihrem Erblasser ausgestellte Vollmacht die clausula heredum nicht enthält —

---

2) Martin, Lehrb. des gem. Processes §. 302.

3) Wie Glück, Commentar, Th. V. §. 400. not. 12. p. 286. Linde, Lehrb. des Civilprocesses, §. 134. dieß annehmen.

4) S. Reinhardt, a. a. O., Martin, a. a. O. not. e., verglichen mit §. 76. Bayer, Vorträge über den ordentl. Civilproceß p. 136. f.

5) Biener, syst. proc. jud. §. 40.

ad readsumendam litem geladen werden können[6]). Auch geht den Erben nach c. 6. C. si pendente appellatione mors intervenerit (VII. 66.), wenn ihr Erblasser eine Appellation eingelegt hatte, außer den Deliberations= und Inventarienfristen in Betreff der Appellationszeiten, noch ein viermonatlicher Anstand gut, so daß nach Ablauf dieser vier Monate, welche zu jenen Fristen hinzugerechnet werden,[7]) das residuum der Appellationszeiten zu laufen fortfährt.

Das sächsische Recht weicht mehrfach von dem gemeinen ab. Es bedarf nach der E. P. O. Tit. VII. §. 1. der clausula heredum ganz und gar nicht[8]), die Vollmacht einer verstorbenen Partei hat so lange Giltigkeit, bis die Erben sie widerrufen oder den Proceß aufgeben, und es ist daher in der E. P. O. Tit. XVII. §. 1. die readsumtio litis, in der Eigenschaft einer Proceßförmlichkeit, für den Fall der successio universalis ausdrücklich abgeschafft. Daneben enthält die letztere Gesetzstelle die allgemein gefaßte, d. h. nicht auf die Appellationszeiten beschränkte Bestimmung, daß den Erben die fatalia nicht eher, als nach vier Monaten von dem Tode des Erblassers, fortzulaufen anfangen sollen. Auch hat nach derselben Gesetzstelle das beneficium deliberandi, und auch das beneficium inventarii auf die Sistirung der bei dem Ableben des Erblassers rechtshängig wordenen Processe durchaus keinen Einfluß, so daß die Erben durch die Berufung auf dieses oder jenes beneficium von der Verbindlichkeit, den Proceß inzwischen fortzustellen, sich nicht befreien können[9]). Dieß Letztere tritt selbst dann ein, wenn der Erbe, um gegen die Ansprüche unbekannter Erbschaftsgläubiger für die Zukunft gesichert zu sein, nach Maasgabe des Mandats, die Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum betreffend, v. 13. Nov. 1779. §. 1. nr. 3. lit. a. verbunden mit §. 4. (C. A. C. II. p. I. p. 370. und 372.) auf Erlassung von Edictalien angetragen hat[10]) oder der Erblasser in insolventem Zu=

6) c. 22. §. 11. C. de jure delib. (VI. 30.), Heffter, Institut. des Civilproc. p. 539.

7) Brunnemann, ad c. 6. C. si pend. appell.

8) Mit Ausnahme der Vollmachten, welche bei dem Handelsgerichte zu Leipzig producirt werden. S. Biener, l. l. §. 40. not. 11.

9) Haubold, sächsisches Privatr. §. 350. Beiläufig ist zu bemerken, daß nach sächsischem Rechte bekanntlich das beneficium inventarii mit jedem Erbschaftsantritte von selbst verbunden ist und daher dieses beneficium neben dem beneficium deliberandi zur Anwendung kommen kann.

10) Haubold, a. a. O. §. 350. Zus. 2.

stande verstorben ist, nur daß, wenn eine Insolvenz vorliegt, die sonst auf ein Jahr, ohne Zulassung einer Prolongation, festgesetzte Deliberationsfrist auf acht Wochen beschränkt ist und nach deren Ablaufe die Erben, wenn sie vorher nicht erklärt gehabt haben, den Nachlaß antreten zu wollen, von der Erbfolge gänzlich ausgeschlossen, und die zur Eröffnung des Concurses gehörigen Veranstaltungen sofort getroffen werden [11]), mithin in diesem Falle, wie überhaupt nicht von einer successio universalis, so insbesondere auch nicht von einer Sistirung der Fatalien, die Rede sein kann, vielmehr der Concurs die rechtshängigen Processe des verstorbenen Schuldners in derjenigen Lage fortzustellen hat, in welcher sie bei dem Ablaufe der achtwöchentlichen Deliberationsfrist sich befunden haben. Dieß Letztere kann deshalb nicht anders sein, weil eben nach sächsischem Rechte der Proceß nach dem Tode der einen oder andern Partei im Namen deren Erben so lange fortgestellt wird, bis sie sich davon lossagen. Haben die Erben in der achtwöchentlichen Deliberationsfrist ein Fatale, dessen Lauf erst nach dem Tode des Erblassers begonnen hat, ungenutzt vorübergehen lassen oder haben sie auf sonst eine Weise durch falsche Behandlung des Processes den Rechten des Erblassers, also nunmehr des Concurses, einen Nachtheil zugefügt, so wird der Concurs hiergegen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anspruch nehmen können. Keineswegs aber kann der Concurs verlangen, — wie dieß gemeinrechtlich der Fall ist — daß der Proceß von dem Standpunkte aus fortgesetzt werde, wo er sich zur Zeit des Todes des Gemeinschuldners befunden hat [12]), und die Zurückziehung der Wirkungen des formellen Concurses bis auf den Todestag des Gemeinschuldners ist blos auf die eigentlichen Vermögensrechte zu beschränken.

Nach dieser Darstellung der processualischen Wirkungen des, im Laufe eines Rechtstreites erfolgten Ablebens der einen oder andern Partei — womit die Bemerkung zu verbinden ist, daß nach sächsischem, wie nach gemeinem Rechte, ein neuer Proceß gegen die

---

11) Geschärft. Bank. Mand. vom 20. Dec. 1766. §. 16. (C. A. C. I. p. 933.), Griebner, Discurs zur E. P. O. Tit. XVII. §. 1. „Vier Monaten," Haubold, a. a. O. §. 349.

12) Daß der Concurs den Proceß im Namen des lebenden Gemeinschuldners von dem Zeitpunkte der Concurseröffnung fortsetzt, versteht sich. S. Günther, Rechtslexicon: Concurs.

Erben nicht früher, als nach Ablauf der Deliberationsfrist, begonnen werden kann[13]) — bleibt nur noch zu erörtern übrig, wie die, nach Obigem in dem gemeinen und in dem sächsischen Rechte bestimmte viermonatliche Sistirung der Proceßzeiten zu Gunsten der Erben zu verstehen d. h. auf welche processualische Zeiten sie anzuwenden sei. Der Eingang der oben citirten c. 6. C. si pendente appellatione, auf welchen es hauptsächlich ankommt, lautet so:

Si unus ex litigatoribus adhuc pendente appellatione defunctus sit, non residuum tantum temporis heredes ejus habeant, sed etiam alios quatuor menses.

Unter dem tempus ist nichts Anderes zu verstehen, als das tempus appellationis, gebräuchlicher im Plurale: die tempora appellationis, von denen der ganze Titel des Codex handelt: de temporibus et reparationibus appellationum seu consultationum (VII. 63.). Diese tempora sind aber, wie dieser Titel lehrt, durchaus wahre Nothfristen (fatalia), also gesetzliche Fristen, welche keine Prolongation durch den Richter zulassen, und sie sind auch solche, welche ohne vorgängiges richterliches Decret zu laufen beginnen (fatalia absolute talia)[14]); denn zur Zeit Justinians wurde das ganze Appellations- (und Consultations-) Verfahren blos mit Fatalien, keineswegs mit irgend einem Termine, absolvirt[15]). Da nun das Justinianeische Recht in dem Processe der Appellationen (von welchen die Consultationen nicht mehr abweichen) als Zeiten blos die Fatalien kennt, so ist auch die c. 6. blos auf die Appellationsfatalien anzuwenden[16]); und wie die Bestimmung in dieser c. 6. offenbar eine höchst singulaire Begünstigung der einen Partei zum Nachtheile der andern enthält, so darf dieselbe auch im heutigen gemeinen Rechte nur auf die fatalia remediorum, mithin bei der Appellation nur auf das fatale interponendae appellationis, petendorum apostolorum, redimendorum apostolorum, introducendae et justificandae appellationis, bei den nicht devolutiven Rechtsmitteln nur auf das fatale interponendi und justificandi (prosequendi) remedii, keineswegs dagegen auf die Termine in den Appellationsprocessen, wenn Letztere erkannt worden

---

13) S. c. 22. §. 11. C. de jure delib., Haubold, a. a. O. §. 350. Zus. 1.

14) Reinhardt, a. a. O. §. 266.

15) Heffter, a. a. O. p. 454. ff., Brunnemann ad tit. Cod. de temporib. et reparationib. app.

16) Heffter, a. a. O. p. 540.

sind[17]), angewendet werden. Auch ist die Anwendung des Gesetzes auf die Termine in den Appellationsprocessen gar nicht nöthig, da die Prorogation dieser Termine erlangt werden kann, während die Prolongation der Fatalien nicht zulässig ist, worin eben der Grund jener singulairen Bestimmung gefunden werden muß. Wenn man hiernächst hervorhebt, daß die Bestimmung auch auf das fatale interponendi remedii anzuwenden sei[18]), so ist dieß blos unter der Voraussetzung richtig, daß der Erblasser den Publicationstermin noch erlebt hat, jedoch innerhalb der zehntägigen Interpositionsfrist gestorben ist, ohne daß übrigens darauf weiter etwas ankommt, ob er ein Rechtsmittel bereits interponirt gehabt hat oder nicht (pendente appellatione). Wenn dagegen der, zur Publication des Erkenntnisses citirte Erblasser bereits vor dem Eintritte des Publicationstermins verstorben ist, so kann von der Anwendung der c. 6. auf das fatale interponendi remedii nicht die Rede sein, und zwar deshalb nicht, weil mit dem Tode des Erblassers eine Sistirung des ganzen Processes für die Dauer der Deliberations- oder Inventarienfrist eintritt, was zur nothwendigen Folge hat, daß nach Ablauf dieser Fristen ein neuer Publicationstermin angesetzt und hierzu eine neue Citation erlassen werden muß.

Auf andere processualische Fristen endlich, als die Appellationsfatalien, die c. 6. anzuwenden[19]), scheint deshalb nicht angemessen, weil entweder dieselben durch die Willkühr der Parteien oder durch Decret des Richters festgesetzt oder verlängert werden können (dilationes conventionales, judiciales, legales dilatoriae und peremtoriae simplices), oder, wenn auch die Frist ein wahres fatale ist, dennoch bei der Singularität der Bestimmung der Grundsatz: par ratio, par applicatio nicht Platz greifen darf.

Dagegen ist die sächsischrechtliche Bestimmung in der E. P. O. Tit. XVII. §. 1., daß die Proceßfatalien vier Monate lang sistirt werden sollen, von allen und jeden Proceßfristen zu verstehen, welche dem sächsischen Processe bekannt sind. Es sind ihm aber sämmtliche gemeinrechtliche Fristarten bekannt, mit alleiniger Ausnahme der dilationes dilatoriae, und er unterscheidet sie nur nicht dem Namen nach so genau, wie dieß der gemeine Proceß thut, sondern

17) Martin, a. a. O. §. 290.
18) Heffter, a. a. O. p. 540.
19) Wie Heffter, a. a. O. p. 540. dieß will.

nennt sie alle insgesammt: Fatalien. Die Anwendung des Gesetzes setzt jedoch ebenfalls, wie die der gemeinrechtlichen c. 6., voraus, daß die processualische Frist bereits bei Lebzeiten des Erblassers zu laufen begonnen habe, und zwar einmal deshalb, weil die sächsische Bestimmung in der That nur die allgemeiner gefaßte c. 6. ist, und dann weil das Gesetz nach seinen ausdrücklichen Worten blos den Fortlauf der Fristen sistirt wissen will, was nur von solchen Fristen verstanden werden kann, welche schon bei Lebzeiten des Erblassers zu laufen begonnen haben. Weniger noch, als auf Fristen, deren Lauf erst nach dem Tode des Erblassers begonnen hat, ist das sächsische Gesetz auf Termine anzuwenden, und es muß daher, wenn der, zu Abwartung eines Termins geladene Erblasser vor dem Eintritte des Termins, z. B. des Erkenntnißpublicationstermins, verstorben ist, das gemeine Recht zur Anwendung kommen, d. h. es muß anderweit der Termin anberaumt und hierzu gehörige Citation erlassen werden; wobei jedoch nicht vergessen werden darf, was bereits oben erinnert worden ist, daß das **beneficium deliberandi** und **inventarii** nach sächsischem Rechte gar keinen Einfluß auf Sistirung der Processe ausübt, mithin die neue Citation unmittelbar nach dem Tode des Erblassers von der andern Partei gesucht und von dem Richter erlassen werden kann. In dieser Weise hat auch jüngst die Juristenfacultät in folgendem Falle entschieden. Die Kläger und der Beklagte waren zu Publication des Beweisinterlocuts citirt; Beklagter starb vor dem Tage der Publication; Niemand stellte den Proceß fort; nach mehr, als vier Monaten, beantragten die Kläger eine Verurtheilung der noch gar nicht namhaft gemachten Erben des Beklagten, indem sie auf die Bestimmung in der E. P. O. Tit. XVII. §. 1. sich beriefen: sie wurden zurückgewiesen.

XXIV.

Ueber den Rechtsbestand einer nothwendigen Versteigerung bei später entstandner Insolvenz des Schuldners.

Die Nothwendigkeit, den Concursproceß zu eröffnen, stellt sich nicht selten bei der Execution einer, in einer Klagsache wider den künftigen Gemeinschuldner erlangten verurtheilenden Entscheidung heraus, und es sind häufig die zur Execution aus dem Vermögen des Verurtheilten gewählten Gegenstände bereits durch das Gericht nothwendig versteigert, namentlich die Immobilien nothwendig subhastirt, wenn der formelle Concurs wirklich eröffnet wird. Sind die auf diese Weise verkauften Gegenstände dem Käufer vor der Concurseröffnung übergeben worden, so bleibt die nachmalige Concurseröffnung ganz ohne Einfluß auf die vorangegangene Versteigerung, was auch bei der Subhastation der Immobilien anzuwenden ist, wenn sie übergeben worden sind, obwohl die Adjudication noch nicht erfolgt ist, auf welche gegen den curator bonorum geklagt werden kann. Es muß dieser Fall ganz gleich mit demjenigen beurtheilt werden, wo der Verkäufer, nachdem er gewisse Gegenstände freiwillig veräußert und übergeben gehabt hat, in formellen Concurs verfällt [1]). Hierüber waltet kein Zweifel unter den Rechtslehrern vor. Es fragt sich aber, was alsdann Rechtens sei, wenn die, durch nothwendige Auction oder Subhastation versteigerten Gegenstände des Schuldners zur Zeit der Concurseröffnung dem Käufer noch nicht übergeben gewesen sind. Die gewöhnliche Meinung geht dahin, daß der Käufer die Vollziehung des Kaufs und die Uebergabe der Sache von dem Concurse nicht, nicht einmal wenn er das Kaufgeld bereits bezahlt hat, fordern, sondern nur den Schaden, den er dadurch erleidet, daß der Kauf unerfüllt bleibt,

---

1) S. hierüber Rechtslexicon, Artikel: Concurs, Band 2. p. 822.

liquidiren, die Gläubigerschaft dagegen den Käufer, dafern sie bereit sind, demselben die verkaufte Sache zu übergeben, zur Erfüllung des Kaufs anhalten könne. Die Vertheidiger dieser Meinung beziehen sich darauf, daß es auch in dem Falle einer, nothwendiger Weise versteigerten, jedoch nicht übergebenen Sache gleichmäßig gehalten werden müsse, wie in dem Falle einer freiwilligen, zur Zeit der Concurseröffnung durch die Uebergabe der Sache des Schuldners noch nicht vollzogenen Veräußerung. In der That kommen nun bei einer Veräußerung letzterer Art die aufgestellten Grundsätze in der heutigen Praxis des gemeinen Rechts zur Anwendung[2]); indessen läßt sich die Uebertragung derselben auf den Fall der nothwendigen Versteigerung nicht billigen, wenn schon bei dieser eben so, wie bei dem freiwilligen Verkaufe, auch nur erst mit der Uebergabe der Sache deren Eigenthum auf den Käufer übergetragen wird, und jene Grundsätze darauf basirt sind, daß vor der Concurseröffnung das Eigenthum der Sache noch nicht auf den Käufer übertragen worden sei, weil die Sache ihm noch nicht übergeben gewesen[3]). Die nothwendige Versteigerung vor der Concurseröffnung ist nach gemeinem, wie nach sächsischem Rechte, an dieselben Förmlichkeiten gebunden, wie diejenige, welche nach der Concurseröffnung vorgenommen wird, namentlich ist sie von demselben Richter zu bewerkstelligen. Jene, wie diese nothwendige Versteigerung ist das letzte Mittel, den höchsten Preis für die Sache zu erlangen, und es läßt sich nicht behaupten, daß die Versteigerung nach der Concurseröffnung ein günstigeres Resultat geben werde, als die vor der Concurseröffnung vorgenommene, von Zufälligkeiten aber, deren Eintritt ein vorzüglich vortheilhaftes Ergebniß der zu wiederholenden nothwendigen Versteigerung erwarten läßt, dürfen Principe im Rechtssysteme nicht abhängig gemacht werden, zumal die Zufälligkeiten eben so schnell eine ungünstige Gestaltung annehmen können, wie sie vorher sich günstig gezeigt haben, und so die Gläubigerschaft und auch der Schuldner leicht der Gefahr blosgegeben werden kann, durch eine nochmalige Versteigerung einen geringern Erlös zu erlangen und die Kosten derselben obenein aufzuwenden. Zudem

---

2) S. hierüber das Rechtslexicon a. a. O., Bayer, Theorie des Concursprocesses, München 1836. §. 32., Kori, System des Concurspr. 3te Ausg. Leipzig 1828. §. 60. I. God. Bauer, progr. de creditore speciei in concursu creditorum traditionem speciei frustra petente etc. in opusc. T. I. p. 395.

3) Kori, a. a. O. §. 60.

ist bekanntlich der Richter, welcher die nothwendige Versteigerung vornimmt, ehe eine Insolvenz des Schuldners bekannt worden ist, verpflichtet, nicht blos die Rechte des, die Execution ausbringenden Gläubigers zu wahren, sondern auch auf Sicherstellung aller, welche ein Recht an dem Erlöse der Sache haben, zu denken[4]), und er verfügt daher vor der Uebergabe der versteigerten Sache an den Ersteher nicht über die an ihn eingezahlte Erstehungssumme, er wird daher diese noch innenhaben, wenn vor der Uebergabe der Sache eine Insolvenz des Schuldners und voraussichtlich die Eröffnung formellen Concurses sich herausstellt, und es sind so die Rechte des Concurses an der erlangten Erstehungssumme gewahrt. Nirgends findet sich hiernach ein Grund vor, weshalb die Gläubigerschaft eine vor der Concurseröffnung bewerkstelligte nothwendige Versteigerung als nicht geschehen zu erachten berechtigt wäre und nicht vielmehr als zu ihrem Vortheile und zugleich zu dem des Gemeinschuldners vorgenommen anerkennen müßte. Die Vertheidiger der gewöhnlichen Meinung berufen sich zwar noch auf das nach gemeinem Rechte bei der nothwendigen Subhastation vorkommende doppelte Vorkaufrecht, auf dasjenige nemlich, was jedem licitirenden Gläubiger vor andern Licitanten, welche nicht Gläubiger sind, zusteht, und zwar unter mehrern Gläubigern demjenigen, welcher die stärkste Forderung hat[5]), und auf das dem ersten Licitanten vor den folgenden zustehende Vorkaufrecht (jus primi liciti)[6]), indem sie behaupten, daß diese Vorkaufrechte bei der nothwendigen Versteigerung vor der Concurseröffnung nicht ausgeübt werden können, und daher die Versteigerung nach der Concurseröffnung wiederholt werden müsse. Es ist jedoch dieser Einwurf keineswegs haltbar, indem die Ausübung jener beiden Vorkaufrechte durchaus nicht auf die nach der Concurseröffnung vorgenommene Subhastation zu beschränken ist, und Kori, a. a. O. Th. II. §. 99., auf welchen man sich zu Darlegung dieser Beschränkung beruft, davon gar nichts sagt, überdem aber auch und, wenn wirklich diese Beschränkung in den Rechten begründet wäre, bei der vor der Concurseröffnung vor-

---

4) Reinhardt, Ordnung der Gläubiger im Concurse, Dresden 1826. p. 59.

5) fr. 16. D. de reb. auct. jud. poss. (XLII. 5.) c. 1. §. ult. C. si propter publ. pens. (V. 46.), c. 1. C. de resc. vend. (IV. 44.), c. 5. C. de fide et jure hastae (X. 3.).

6) Abgeleitet aus c. 4. C. de fide et jure hastae. S. jedoch Glück, Pandectencomm. Th. XVI. p. 177. not. 2.

genommenen Subhastation einer, zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht übergebenen Sache immer noch der Ausübung dieser Vorkaufrechte füglich Raum gegeben werden kann und auch, da durch die später hervorgetretene Concurrenz der mehreren Forderungen die Vermögensverhältnisse, wenigstens den Gläubigern gegenüber, eine andere Gestaltung angenommen haben, Raum gegeben werden muß. Wir glauben daher, daß eine vor der Concurseröffnung erfolgte nothwendige Versteigerung, wenn auch die versteigerte Sache zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht übergeben gewesen ist, dennoch von der Gläubigerschaft als für sie pflichtig anerkannt, und von dem Concurse die Uebergabe der Sache an den Ersteher bewirkt werden muß. Hat nun aber schon, die ganze Gläubigerschaft nicht das Recht eine solche Versteigerung anzufechten, so steht solches Recht noch weniger dem einzelnen Gläubiger zu, und nicht der mindeste Grund ist vorhanden, dem Ersteher selbst das Befugniß des Antrags auf nochmalige Versteigerung einzuräumen. Die Juristenfacultät zu Leipzig hat auch jüngst einen Ersteher mit diesem Antrage zurückgewiesen.

XXV.

Ueber den stillschweigenden Verzicht auf die exceptio termini angusti.

Die Ausflucht der zu einem Termine geladenen Partei, daß die in der Ladung eingeräumte Frist zu kurz sei (exceptio termini angusti), gehört eben so dem gemeinen Rechte an, wie dem sächsischen, wenn schon deren Begründung nicht überall dieselbe ist. Während nemlich nach gemeinem Rechte die Länge der Zeiträume der Ladungen jeder Art allein von des Richters Ermessen abhängt [1]), ist nach sächsischem Rechte der Richter mindestens bei den peremtorischen Ladungen des ordentlichen Processes und der summarischen Processe, mit Ausnahme weniger z. B. des Processes geringfügiger und ganz geringfügiger Rechtssachen, an die Beobachtung gesetzlich bestimmter Ladungsfristen, d. h. an die einfache, verdoppelte oder verdreifachte sächsische Frist, gebunden. Daraus folgt, daß in allen den Fällen, wo die Ladungsfrist eine gesetzlich vorgeschriebene Länge haben soll, die exceptio termini angusti schon mit dem Nachweise begründet wird, diese Länge der Frist sei nicht eingeräumt worden, und daß dagegen in allen andern Fällen die Basis der Ausflucht in der Darlegung beruht, der Richter habe dem Geladenen eine, im Verhältnisse zu den Vorbereitungen, welche die Vornahme der anbefohlnen Handlung erheischt, zu kurze Frist vergönnt.

Eben so, wie die exceptio termini angusti, gehört auch der Verzicht auf dieselbe dem gemeinen und sächsischen Recht gemeinschaftlich an, denn die Ladungsfristen sind blos zum Besten der Geladenen bestimmt, welche nicht übereilt werden sollen; es muß also auch ihnen anheimgegeben sein, ob sie die an sich zu kurzen Ladungsfristen für ausreichend erachten wollen oder nicht. Die

---

1) S. fr. 69. D. de jud. (V. I.), c. 13. § 2. C. eod. (III. I,), nov. 53. c. 3 § 1., nov. 112. c. 3. pr., c. 1. X. de dilation. (II. 8.)

Erklärung hierüber können sie ausdrücklich oder stillschweigend geben. Ueber die ausdrückliche Erklärung läßt sich nichts weiter sagen; es fragt sich dagegen, worin die stillschweigende Erklärung des Geladenen, daß er die an sich zu kurze Ladungsfrist für gnügend erachten wolle, also der stillscheigende Verzicht auf die exceptio termini angusti, zu finden sei? Die gewöhnliche, auch in der sächsischen Praxis, wenigstens in der neuern, angenommene Meinung geht dahin, daß der Verzicht schon dann stillschweigend zu erkennen gegeben worden sei, wenn der Geladene in dem Termin erschienen sei, zu demselben sich angegeben, die exceptio termini angusti aber nicht vorgebracht habe [2]. Die Praxis will daher in dem Falle einer dilatorischen oder peremtorischen Ladung dem Geladenen, wenn er im Termine erschienen ist und erst nachmals bei der wirklichen Vornahme der Handlung, zu welcher er geladen worden ist, also z. B. bei der Antwort auf die Klage, die exceptio termini angusti vorbringt, diese nicht mehr gestatten. Wir können diese Ansicht nicht ganz billigen; sie paßt nur auf diejenigen Termine, zu denen monitorisch, keineswegs aber auch auf diejenigen, zu denen dilatorisch oder peremtorisch geladen wird. In der monitorischen Ladung wird der Partei blos aufgegeben, zu erscheinen und einer alsbald nach ihrem Erscheinen vorzunehmenden Handlung beizuwohnen. Ist die Partei auf eine solche Ladung erschienen und hat sie der vorzunehmenden Handlung z. B. der Publikation eines Erkenntnisses, der Abnahme eines Eides, beigewohnt, so ist damit von ihr der Termin vollständig beobachtet worden, und sie kann nachmals nicht noch etwas an der Form des bereits erledigten Termins aussetzen. Ja es läßt sich sogar zweifeln, ob überhaupt die exceptio termini angusti in dem Falle einer nur monitorischen Ladung vorgebracht werden könne, da eben dem Vorgeladenen selbst keineswegs die Vornahme einer processualischen Handlung auferlegt, sondern nur die Beiwohnung bei einer processualischen Handlung, zu der er nicht gezwungen ist, nachgelassen wird [3]. Indeß möchten wir diesen Zweifel nicht theilen, da dem monitorisch Vorgeladenen zu dem Zwecke, seine Rechte bei der vorzunehmenden processualischen Handlung zu wahren, Nachricht von derselben ertheilt wird, und ihm auch zu Beurtheilung der oft sehr wich-

---

2) Wernher, obs. for. P. I. obs. 346.
3) S. Leyser, med. ad Pand. sp. 32. m. 6. a. E.

tigen Folgen dieser Handlung, z. B. der Eidesleistung, so wie der für den Fall, daß die Handlung wirklich vorgenommen werde, von ihm zu ergreifenden Maasregeln, um seine Rechte zu schützen, eine angemessene Frist vergönnt werden muß. Die dilatorisch oder peremtorisch geladene Partei dagegen soll in dem Termine nicht blos erscheinen, sondern auch selbst eine processualische Handlung vornehmen, es macht also das Erscheinen der Partei und die Vornahme der anbefohlnen Handlung vereint die Beobachtung des Termins aus, und die Vornahme der Handlung ist noch dazu der mehr wesentliche Theil, wegen dessen gerade dem Geladenen eine angemessene Frist der Ladung eingeräumt werden soll. Es muß daher auch dem Geladenen, welchem die gesetzlich vorgeschriebene oder eine, den Verhältnissen angemessene Ladungsfrist nicht eingeräumt worden ist, gestattet sein, die exceptio termini angusti mit Erfolg noch bei der Vornahme der ihm aufgegebenen Handlung (in dem Verfahren) vorzubringen, wenn schon er derselben bei dem Erscheinen in dem Termine gar nicht gedacht hat. In diesem Falle bedarf es also der Vorschützung der Ausflucht bei dem Erscheinen in dem Termine nicht, um sie dem Geladenen zu erhalten [4]), und eben so wenig ist eine Protestation in der Weise hierzu nöthig, daß der Vorgeladene sein Erscheinen in dem Termine keineswegs für einen Verzicht auf die exceptio termini angusti angesehen wissen wolle, — eine Protestation, welche von der Praxis für gleichbedeutend genommen wird mit der Vorschützung der Ausflucht selbst —, denn die Terminsbeobachtung, die Befolgung des Ladungsdecrets, ist mit dem Erscheinem in dem Termine noch nicht beendigt, und eine Protestation der gedachten Art wider die ungünstige Auslegung der, eine doppelte Deutung zulassenden Terminsbeobachtung würde als vorzeitig erscheinen. Dagegen wird eine solche Protestation oder die ausdrückliche Vorschützung der exceptio termini angusti nöthig bei der, die Terminsbeobachtung endenden Handlung, um dem Richter und der Gegenpartei zu erkennen zu geben, daß der Geladene blos, weil er der allgemeinen Pflicht, obrigkeitlichen Anordnungen zu gehorchen, habe gnügen wollen, der Ladung Folge geleistet habe, daß er damit jedoch nicht auf das Recht, die ordnungsmäßige Einräumung einer längern Ueberlegungsfrist, um die anbefohlne Hand-

---

4) Leyser, l. l. So auch nur ist zu billigen Weiske, Handbuch der Civilprocesses, § 211.

lung consultius vornehmen zu können, verzichtet haben wolle. Die Verbindung der exceptio termini angusti oder jener Protestation mit der Terminshandlung erscheint daher keineswegs als facto contraria [5]); von einer protestatio facto contraria kann überhaupt blos da die Rede sein, wo wider die ungünstige Auslegung einer Thatsache protestirt wird, welche eine mehrfache Auslegung gar nicht zuläßt. Wir glauben daher, daß in dem Falle monitorischer Ladung die exceptio termini angusti, soll nicht ein Verzicht auf dieselbe angenommen werden, bei dem Erscheinen in dem Termine vorgebracht werden muß, im Falle dilatorischer oder peremtorischer Ladung dagegen auch noch bei Vornahme der anbefohlnen Handlung vorgebracht werden kann, und erst, wenn sie auch hier nicht vorgeschützt worden ist, deren Verzicht anzunehmen ist.

5) S. dagegen Weiske, a. a. O.

XXVI.

Zur processualischen Behandlung der exceptio spolii.

Die Ausflucht des erlittenen Spoliums (exceptio spolii) d. h. die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger in Folge entweder von ihm oder von einem Dritten angewendeter Gewalt eine, angeblich in seinen, des Beklagten, Besitz gehörige Sache unter seine Verfügung gebracht habe, hat, sobald sie bewiesen ist, nach gemeinem, wie nach sächsischem Rechte ganz gleiche Wirkung. Entweder nemlich ist die exceptio spolii in einem Besitzprocesse vorgeschützt und betrifft dieselbe Sache, wegen welcher die Besitzstandklage angestellt worden ist, oder sie ist zwar in einem Besitzprocesse vorgeschützt, betrifft jedoch nicht die Klagsache, oder endlich ist der Proceß, in welchem sie vorgeschützt wird, nicht einmal ein possessorischer. In dem ersten Falle, wo die exceptio spolii in der That nichts Anderes ist, als die exceptio violentae possessionis, bewirkt sie nach hergestelltem Beweise die Lossprechung von der Klage, hat also peremtorische Wirkung; in dem zweiten und dritten Falle bewirkt die bewiesene exceptio spolii nur die Verschiebung des, wider den Beklagten erhobenen Processes, so lange nicht der Spoliirte restituirt ist, sie hat also hier nur dilatorische Wirkung. Verschieden dagegen sind nach gemeinem und sächsichem Rechte die Wirkungen der nur erst vorgeschützten, indeß noch nicht bewiesenen exceptio spolii. Denn nach gemeinem Rechte wird, sobald die exceptio spolii vorgeschützt worden ist, die Klagsache suspendirt, und es ruht diese bis nach Entscheidung der Frage, ob die Ausflucht bewiesen sei oder nicht. Eben deshalb, und auch weil die exceptio spolii, gleich den dilatorischen Ausflüchten, der Antwort auf die Klage vorausgeschickt werden muß, wenn sie nicht erst im Laufe des Processes entstanden oder dem Beklagten bekannt geworden ist, wird sie in dem gemeinen Rechte den dilatorischen Ausflüchten bei-

gezählt, wenn schon sie in sofern wie eine peremtorische Ausflucht behandelt wird, als man ihren Beweis nicht bereits in dem ersten Verfahren erwartet, sondern auf denselben interloquirt. Nach sächsischem Rechte aber (s. die E. P. O. tit. XI. § 3.) wird die exceptio spolii rein als peremtorische Ausflucht behandelt, es wird der nur erst vorgeschützten Ausflucht die Wirkung die Klagsache zu suspendiren, nicht eingeräumt, vielmehr wird, wenn von dem Beklagten die Klage und von dem Kläger die Spolienausflucht geläugnet worden ist, neben dem Beweise der Letztern auch auf den Beweis der Klage erkannt [1]).

Der Fall also, wo auf Beweis der Klage und auf Beweis der Ausflucht des Spoliums gleichzeitig in einem und demselben Interlocute erkannt wird, ist dem sächsischen Rechte eigenthümlich, im gemeinen Rechte kann er gar nicht vorkommen; die nachfolgenden, blos diesen Fall betreffenden Bemerkungen gehen daher auch blos das sächsische Recht an. Die Beweisfrist für das Spolium ist nach sächsischem wie nach gemeinem Rechte eine funfzehntägige, das Rechtsmittel des Spoliums mag als Klage oder als Ausflucht gebraucht werden. Nach sächsischem Rechte hat aber die Beweisfrist, wenn die Ausflucht des Spoliums mit andern peremtorischen Ausflüchten verbunden worden ist, die gewöhnliche Dauer von sechs Wochen und 3 Tagen [2]). Als Folge hiervon, so wie von dem Decretirgebrauche der sächsischen Gerichtshöfe, und wieder von der Beibehaltung der gemeinrechtlichen funfzehn Tage für den Beweis der, ohne Hinzutritt anderer peremtorischen Ausflüchte vorgeschützten Ausflucht des Spoliums, wird nun, wenn die Klage geläugnet und derselben nur die eine peremtorische Ausflucht des Spoliums entgegengesetzt worden ist, auf jeden der beiden nothwendig werdenden Beweise besonders, ohngefähr in der Weise, erkannt:

„so ist Kläger den Grund seiner Klage, so viel ihm davon verneint worden, binnen sächsischer Frist, und Beklagter seine Ausflucht des erlittenen Spoliums, jeder binnen funfzehn Tagen, dem Gegner der Gegenbeweis, beiden Theilen die Gewissensrührung, Klägern jedoch nur bei dem Gegenbeweise wider den Beweis des Spoliums [3]), und andere Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie

---

1) S. hierüber das Nähere in: Höpfner, die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse, Leipzig 1841. p. 129. f. 135. f. 156.

2) S. Höpfner, a. a. O. p. 137. 156. f. Biener, syst. proc. jud. §. 71.

3) Weil nemlich der Kläger des Eidesantrags über die Klage, wenn er den-

Recht zu beweisen schuldig, worauf ferner in der Sache ergeht, was Recht ist;"

während, wenn mit der Ausflucht des Spoliums noch andere peremtorische Ausflüchte verbunden worden sind, das Beweisinterlocut so lautet:

„so ist Kläger den Grund seiner Klage, so viel ihm davon verneint worden ist, binnen sächsischer Frist, Beklagtem der Gegenbeweis, wobei ihm seine fol. 50. vorgeschützten zerstörlichen Ausflüchte, namentlich die des erlittenen Spoliums, auszuführen unbenommen, und die Gewissensrührung, beiden Theilen sonstige Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, wie Recht zu erweisen schuldig, worauf ferner 2c."

Bei letzterer Streitlage bleibt der Proceß auch nach dem Eintritte in das Beweisstadium ein einfacher, wie vorher; es übergiebt der Kläger seinen Klagbeweis, worauf Productionstermin anberaumt wird; es reicht Beklagter den Beweis aller seiner Ausflüchte, auch der des Spoliums, zu den Acten, worauf Reproductionstermin angesetzt wird; es kommt ein Productions- und Reproductionserkenntniß; die Zeugenrotel werden in einem Termine eröffnet; es wird ein Schlußverfahren abgehalten; es wird endlich in einer Definitivsentenz über den Beweis der Klage und der Ausflüchte, auch der des Spoliums, erkannt. Bei der ersteren Streitlage dagegen muß mit dem Eintritte des Processes in das Beweisstadium eine abgesonderte processualische Behandluug der beiden selbstständig auferlegten Beweise in verschiedenen Acten stattfinden. Die verschiedenen Längen der Fristen für beide Beweise und die mächtig eingreifende Wirkung des schnell gelieferten Beweises des Spoliums in die Hauptstreitigkeit bedingen jene nothwendige separate Behandlung der beiden Beweise. Tritt die Rechtskraft des Beweisinterlocuts, wie im Zweifel angenommen werden muß, in allen Punkten zu gleicher Zeit ein, so wird, die Vermuthung spricht dafür, der in funfzehn Tagen einzureichende Beweis der Spolienausflucht früher zu den Acten kommen, als der erst in sechs Wochen und drei Tagen zu übergeben gewesene Beweis der Klage; gleichmäßig verhält es sich mit den beiden Gegenbeweisen; und es werden die Productions- und Reproductionstermine, die Erkenntnisse auf dieselben, das Schluß-

---

selben nicht schon im Libelle gebraucht hat, nicht noch bei den Beweisartikeln sich bedienen kann.

verfahren und das Definitiverkenntniß in dem Spolienstreite früher vorhanden sein, als in dem Hauptstreite, in Betreff dessen auf Beweis der Klage erkannt worden war. Sind verschiedene Acten über beide Beweise angelegt worden, so kann die in der einen Sache nothwendig werdende Versendung der Acten an das Spruchcollegium zu Abfassung des Erkenntnisses, die wegen eingewendeten Rechtsmittels erforderliche Einsendung der Acten an die obere Instanz, die Berichterstattung auf geführte Beschwerde an die Inspectionsjustizstelle, erfolgen, ohne daß deshalb die Behandlung der andern Sache im Mindesten gestört wird. Oft wird von der einen oder andern Partei eine solche Störung in Behandlung der einen Sache beabsichtigt, und der Richter tritt einer Chicane dieser Art durch die Anlegung verschiedener Acten wirksam entgegen. Auch macht Letzteres dem dirigirenden und erkennenden Richter die baldige Erlangung einer klaren, einfachen Uebersicht der Streitlage möglich, und es ist, da der erkennende Richter in keiner Weise die Verbindung der Erkenntnisse über die beiden Beweise in einer Form gestatten wird, die Einsicht und Durchsicht des ganzen Processes durch die Vorfindung der mehrern Erkenntnisse über die beiden Beweise in denselben Acten zu großer Behelligung des Richters und oft zum Nachtheile der Processe erschwert. Endlich ist bei gesonderter Haltung der Acten die Kostenberechnung unschwerer zu fertigen und zu prüfen.

Es würden sich leicht noch mehrere, für die Prozeßbehandlung wohlthätige Folgen der gesonderten Haltung der Acten vorführen lassen, inzwischen mögen wir uns nicht in concrete Formationen verlieren, und wir glauben auch, mit dem Gezeigten es hinreichend gerechtfertigt zu haben, daß wir, geleitet von practischen Erfahrungen, auf die Nothwendigkeit gesonderter Actenhaltung in einem besondern Aufsatze aufmerksam machen.

XXVII.

Zum richtigen Verständnisse des Satzes: compensatio fit ipso jure.

Wir haben in dem ersten Hefte, Beitrag IV. p. 19. ff. gesagt, daß aus der Zahlung von Geld noch keineswegs die Entstehung eines Obligationsverhältnisses vermuthet werden kann, vielmehr dieselbe nur entweder die Vermuthung der Schenkung oder die Vermuthung der Obligationslösung (solutio) involvirt. Ob die eine, ob die andere Vermuthung in einem gegebenen Falle Platz greifen soll, hängt von der Gestaltung des Letztern ab. Wenn derjenige, welcher zahlte (qui numeravit), dem Andern zu derselben Zeit Geld schuldig war, so muß eher die Solution vermuthet werden, zumal wenn die gegebene Summe der, in der Obligation begriffenen ganz gleich kommt. Indeß wird dadurch die Vermuthung der Solution nicht geschwächt, daß die gegebene Summe die Höhe der in der Obligation begriffenen nicht erreicht. Die Vermuthung der Zahlung ist nun aber nicht blos so zu verstehen, daß von demjenigen, welcher das Geld giebt, angenommen werden müsse, er habe bezahlen wollen, vielmehr hat sie auch den Sinn, daß von dem Empfänger des Geldes angenommen werden muß, er habe sich bezahlen lassen wollen. Es hat Letzteres practische Wichtigkeit in allen den Fällen, wo vor der Verfallzeit der Schuldner seinem Gläubiger Geld gegeben und dieser es ohne Widerrede angenommen hat, und eben so in allen den Fällen, wo der Schuldner zwar erst nach der Verfallzeit, jedoch nicht den ganzen Betrag der Obligationssumme dem Gläubiger gegeben und dieser ohne Widerspruch das Geld eingestrichen hat. Denn bekanntlich ist der Gläubiger eben so wenig zu Empfangnahme des Schuldbetrags vor der Verfallzeit, als zu Annahme blos einer theilweisen Zahlung zu zwingen; er tritt aber von seinem Rechte zurück, wenn er das Geld ohne alsbald erklärten Widerspruch annimmt, und kann nicht noch in späterer Zeit die

Zahlung von sich weisen. Wird ihm nach der Verfallzeit der ganze Obligationsbetrag von dem Schuldner gezahlt, so kann er die Annahme nicht verweigern, ohne den Nachtheilen der mora accipiendi sich auszusetzen, welche der Schuldner nun durch die Deposition herbeiführen kann. Diese Weigerung ist selbst dann unstatthaft, wenn der Schuldner, auch ohne zu erklären, daß er bezahlen wolle, die ganze Summe nach der Verfallzeit erlegt.

Die Vermuthung der Solution aber beschränkt sich nicht blos auf Geld, vielmehr ist sie, und mithin alles bisher Gesagte, eben so auf alle übrige res corporales anwendbar, welche Gegenstände von Obligationen sein können.

Ueberall nun, wo die Solution vermuthet wird, muß dieselbe gleiche Wirkung haben mit der, unter ausdrücklicher Erklärung geschehenen Solution; diese Wirkung besteht aber in der Lösung des Obligationsverhältnisses mit allen ihren Folgen, welche in demselben Augenblicke eintritt, wo die Solution erfolgt ist, und zwar ohne daß es noch einer besonderen Erklärung der Interessenten über den Anfangspunkt dieser Wirkung bedarf. Dieß ist es, was man mit dem Satze auszudrücken pflegt: solutio fit ipso jure.

Man wendet diesen Satz auch auf die Compensation an, und ganz mit Recht, denn die Compensation ist nichts anderes, als die Fiction einer doppelten Zahlung, wobei es übrigens höchst gleichgiltig und für das Rechtsleben, die Praxis, völlig unerheblich ist, ob man fingirt, der Schuldner habe sich selbst aus Hand in Hand bezahlt [1]), oder ob man fingirt, er habe seinen Gegner bezahlt [2]). Diese Fiction kann eben so gut durch ausdrückliche Vereinigung der Interessenten (pactum de compensando) herbeigeführt werden, wie sie auf Vermuthung gegründet sein kann. Es ist mit der Compensation das gleiche Verhältniß, wie mit der Solution, es giebt eine compensatio expressa s. voluntaria und eine tacita s. praesumta, wie es eine solutio expressa s. voluntaria und eine tacita s. praesumta giebt, und der Satz: compensatio fit ipso jure, welcher demnach eben so, wie der: solutio fit ipso jure schon in der Natur der Sache begründet ist, gewöhnlich aber, und zwar mit Berufung auf die Geschichte des römischen Gerichtswesens, dem römischen Rechte vindi-

---

1) Krug, die Lehre von der Compensation, Leipzig 1833. §. 32. p. 95. §. 2. p. 6. ff.

2) Hartter, das römisch-teutsche Recht der Compensation, München, 1837. §. 7. p. 38. ff.

cirt wird [3]), hat den Sinn, daß mit den Verfalltagen der beiden Schulden, deren durchgängige Gleichheit in dieser Beziehung vorausgesetzt wird, die Wirkung der fingirten doppelten Solution eintritt, auch ohne daß diese Wirkung erst von einer ausdrücklichen Erklärung der einen oder andern Partei hervorgerufen werden muß. Beruht die Compensation auf einer ausdrücklichen Vereinigung der Interessenten, so wird jene Erklärung jedesmal aperte oder implicite gegeben, bei der compensatio tacita kommt sie dagegen nicht vor, und darin ist es begründet, daß in dem gemeinen practischen Leben der Satz: compensatio fit ipso jure gewöhnlich nur mit der compensatio tacita in Verbindung gestellt wird.

Die angegebene materielle Bedeutung des Satzes: compensatio fit ipso jure wird von den Rechtslehrern gar nicht bezweifelt [4]); streitig dagegen ist es, ob er nicht auch processualisch-formelle Geltung habe d. h. ob es, um in einem Processe die Compensation geltend zu machen, noch der besondern Berufung auf dieselbe bedürfe [5]). Wir gestehen offen, daß wir diesen Streit für einen höchst unnützen halten, ja geradezu für einen, mit den Grundzügen unsers heutigen Proceßrechtes völlig unvereinbaren erklären müssen. Da die Compensation eben so auf thatsächlichen Unterlagen beruht, wie die Solution, nur daß dieselben verschiedener Art sind, und da die Parteien die Thatsachen, auf welche sie ihre Rechtsvertheidigung zu bauen gedenken, dem Richter vorlegen müssen, da ferner der Gebrauch der formellen Exceptionen schon im neusten römischen Rechte aufgehört, derselbe noch viel weniger im heutigen Rechte einen Werth hat [6]), und es ganz gleichgiltig ist, ob derjenige, welchem factische Behauptungen, geeignet zur Begründung einer Exception zur Seite stehen, blos diese Behauptungen hinstellt (und beweist) oder ob er zugleich die Exception formell bezeichnet, so kann in der That jener Streit im heutigen Processe gar keinen Sinn mehr haben, und es ist rein undenkbar, daß der Richter die Compensation berücksichtigen könne, ohne von der, zur Compensation berechtigten Partei entweder

---

3) Krug a. a. O. §. 9. ff. p. 27. ff. Hartter, a. a. O. §. 2. p. 10. ff. §. 52. p. 170. ff. Hasse im Archiv f. c. Pr. Bd VII. p. 156. ff.

4) Hartter a. a. O. §. 52. p. VII.

5) Nur diesen Sinn kann die Extension des Satzes: compensatio fit ipso jure über dessen materielle Bedeutung hinaus in der heutigen Praxis haben; jede andere formelle Extension ist eine römische Antiquität. Vergl. Krug, a. a. O. §. 9. ff. p. 27. ff. über diese verschiedenen Extensionen.

6) Heffter, Institutionen des Civilproc. p. 97. f. Krug a. a. O. §. 10. p. 30.

durch formelle Vorschützung der Exception oder durch Erzählung der, die Exception begründenden Thatsachen dazu aufgefordert worden zu sein. Wäre es denkbar, wollte man also dem Richter gestatten, daß er die ihm ohne processualische Mitwirkung der Parteien bekannt gewordene Existenz der gegenseitigen bereits verfallenen Forderungen bei der Entscheidung des Streites benutze, so würde damit die Verhandlungsmaxime und zugleich die Dispositionsfreiheit der Parteien, welche allein zu bestimmen haben, ob sie compensiren wollen oder nicht, verletzt werden [7]).

Ist nun aber auch diese Aufforderung nöthig, um in dem Processe die Compensation zur Anwendung bringen zu können, so hängt doch von der Zeit, zu welcher die, wenn nur in dem Processe nicht versäumte Aufforderung geschieht, nichts ab: die exceptio compensationis verjährt eben so wenig, wie in der Regel keine der andern Exceptionen, und die Vorschützung der exceptio compensationis hat selbst dann noch ihre volle Wirkung, wenn auch seit der Verfallzeit der Forderung desjenigen, welcher compensiren will, die Frist der Extinctivverjährung der, zu Eintreibung der Forderung bereit gewesenen Klage verflossen ist. Die materielle Bedeutung des Satzes: compensatio fit ipso jure bleibt dieselbe, es mag zu processualischer Geltendmachung der Compensation kommen, zu welcher Zeit es immer sei.

Hieran knüpft sich passend noch eine Bemerkung über die, ipso jure eintretenden Wirkungen der Compensation, welche absichtlich bis hierher aufgespart worden ist und gegenwärtige Betrachtung schließen wird. Wenn wir oben gesagt haben, daß der Gläubiger, welchem der ganze Obligationsbetrag nach der Verfallzeit von dem Schuldner angeboten wird, zu dessen Annahme gehalten ist, dafern er nicht den Nachtheilen der mora accipiendi ausgesetzt sein will, so wie daß der Gläubiger, welcher einmal die nur theilweise bewirkte oder die, vor der Verfallzeit gemachte Zahlung ohne sofortige Widerrede angenommen hat, nicht noch später die Wirkung der Zahlung eintreten zu lassen sich weigern kann, so hat dieß in seiner Anwendung auf die compensatio tacita die Geltung, daß wenn einmal die Verfallzeit der beiden Compensationsforderungen eingetreten ist, und nicht der eine oder der andere Interessent sofort durch wirkliche Oblation seiner Schuld oder sonst auf geeignet

7) Glück, Pandectencomm. Bd. XV. p. 111.

Weise seinen Willen, nicht compensiren zu wollen, erklärt, beide Theile zur Compensation eben so verpflichtet, als berechtigt sind, und nachmals der eine Theil zum Nachtheile des andern einseitig nicht wieder davon zurücktreten kann. Es ist dieß eine nothwendige Folge davon, daß die Compensation eine zweifache Zahlung enthält [8]), und diese Consequenz hat die höchste processualische Wichtigkeit, insbesondere in Bezug auf die Extinctivverjährung der Klagen, wie folgender interessanter Fall zeigen wird, welchen jüngst die Juristenfacultät zu Leipzig auf den Grund der gemachten Bemerkung entschieden hat.

Bereits im Jahre 1840 hatte ein Erbe auf den Grund zweier, seinem Erblasser am 30. Mai 1801 von dem Erblasser der Beklagten ausgestellten Schuldverschreibungen zwei zinsbare, auf jedesmaliges Erfordern gefällige Darlehne nebst den Zinsen von gedachtem Tage an zurückgefordert, und er war zurückgewiesen worden, da er sich in keiner Weise auf die Unterbrechung der Extinctivverjährung berufen hatte. Nach Rechtskraft des, solchergestalt gesprochenen Erkenntnisses kam er mit einer neuen Klage, in welcher er die Darlehne nebst den Zinsen vom ersten Januar 1826 an forderte, und zu demjenigen, was die fernere Klage an factischen Anführungen enthielt, noch darauf sich berief, daß der Erblasser der Beklagten in den Jahren 1801 bis mit 1825 seinem Erblasser eine große Anzahl speciell angezeigter Arbeiten seiner Profession geliefert, damit die Zinsen berichtigt habe, auch noch besonders deshalb ein pactum de compensando mit seinem Erblasser eingegangen sei. Die Beklagten gestanden neben der Entstehung der Darlehnschulden die, von ihrem Erblasser geschehenen Arbeitlieferungen zu, läugneten aber das pactum de compensando, nahmen den hierüber angetragenen Hauptеid an, meinten, daß nach Leistung dieses Eides die, der Klage inserirte Replik der Verjährungsunterbrechung beseitigt sei, und beantragten ihre, durch die Leistung des Eides bedingte Lossprechung. Sie wurden jedoch mit Hinweis darauf dem Klaggesuche gemäß verurtheilt, daß nach dem Satze: compensatio fit ipso jure ihres Erblassers Gegenforderungen ohne weitere Verabredung auf die Darlehne haben abgerechnet werden müssen, und es der geläugneten Verabredung zur Unterbrechung der Verjährung nicht noch bedurft habe.

---

8) Vergl. Hartter, a. a. O. §. 57. p. 186.

XXVIII.

Ueber die Bedingungen des, in dem Civilprocesse zu erlangenden Armenrechts.

Zu Erlangung des Armenrechts in einem Processe bedarf es nach gemeinem, wie nach sächsischem Rechte der Prüfung der Gerechtigkeit der Sache, und des Nachweises der Armuth desjenigen, welcher das Armenrecht sucht. Ueber jenen Punkt enthält die Kammergerichtsordnung v. J. 1555. Art. 41. § 2., der Reichsdeputationsabschied v. J. 1600. § 9., das Concept der Kammergerichtsordnung v. J. 1613. Tit. LV. § 2. ff. und der J. R. A. § 105. die ausdrückliche Bestimmung, daß der Richter, ehe er das Armenrecht ertheilt, prüfen solle, ob der, dasselbe Suchende gerechte Sache habe, und daß er, Falls dieß verneint werden muß, das Armenrecht nicht ertheilen dürfe. Diese Bestimmuung gilt auch in Sachsen. Weit entfernt, daß sie durch irgend ein Gesetz aufgehoben worden wäre, hat sie vielmehr durch die, in der E. P. O. Tit. I. §. 10. den Armen gemachte Vorschrift, daß sie sowohl die fundamenta ihrer Intention, und wie sie solche darzuthun gedenken, beibringen sollen, und durch den, ihnen daselbst vorgeschriebenen Gefährdeeid, der zwar dort ein juramentum malitiae genannt wird, in der That aber das juramentum calumniae generale — und somit das einzige Beispiel dieser Art im sächsischen Processe — ist, so wie durch die ebendaselbst zu lesende Vorschrift, daß die Armen erst wann bei angestellter gnugsamer Cognition von dem Richter wahrscheinlich befunden worden, daß die Armen wenigstens probabilem litigandi causam hätten, das Armenrecht sollen erlangen können, Bestätigung gefunden. Zwar ist dieser Gefährdeeid durch das Gesetz vom 19. Febr. 1838, die Abschaffung des Gefährdeeides u. s. w. betreffend, § 1. (G. u. V. B. p. 72.) in Wegfall gekommen, indeß sind damit nicht zugleich die übrigen sächsischen Vorschriften und jene gemeinrechtliche Bestimmung außer Anwendung gesetzt worden, und die tägliche Praxis

zeigt deren Aufrechthaltung. Ueber den Nachweis der Armuth setzt die Kammergerichtsordnung v. J. 1555. art. 41. folgendes fest:

Soll der Arme, ehe er zugelassen, seiner Armuth und Vermögens ein Urkund von seiner Obrigkeit oder andern glaubwürdigen Personen bringen, oder aber zum wenigsten etlichermaaßen Anzeig und Schein seiner Armuth darthun, und darauf den gewöhnlichen Eid der Armuth schwören.

Der Armeneid selbst ist in der erwähnten Kammergerichtsordnung art. 78. so vorgeschrieben:

Ihr sollet schwören einen Eid zu Gott, und auf das heilige Evangelium, daß ihr also arm seyd, und nicht an liegender und fahrender Habe und Schulden vermöget, daß ihr die Kanzley und nothdürfftige Brief, noch ewren Advocaten und Procuratoren bezahlen und belohnen könnet. Daß ihr auch darum ewer Haab und Güter gefährlicher Weiß nit veräußert oder übergeben habt, und so ihr ewre Sachen mit Recht erhalten, oder sonst zu besserem Vermögen kommen werdet, daß ihr alsdann jedem nach seiner Gebühr Bezahlung, und Ausrichtung thun wollet, alles getrewlich und ungefährlich.

Das sächsische Recht enthält über den Nachweis der Armuth in der angezogenen Gesetzstelle die Bestimmung, daß die Armen

auch ihre Armuth und zwar — durch glaubwürdiges Zeugniß ihrer ordentlichen Obrigkeit oder wann sie mit derselben selbst zu schaffen hätten, sonst auf andere Art beibringen und bescheinigen,

und daß sie, wenn solches geschehen ist, noch den Armeneid schwören sollen. Dabei ist dieser auf dieselben Punkte gerichtet, wie der durch die gedachte Kammergerichtsordnung vorgeschriebene Eid. Durch das oben gedachte Gesetz v. 19. Febr. 1838. §. 2. ist jedoch auch das eidliche Versprechen künftiger Berichtigung der Kosten in Wegfall gekommen, so daß der das Armenrecht Suchende im Ganzen blos folgenden, nach den Worten der E. P. O Tit. I. §. 10. gefaßten Eid zu schwören hat,

Daß er so viel, als von Zeit zu Zeit zu Verlegung der Gerichtsgebühren und zu Salarirung eines Advocaten erfordert wird, nicht vermöchte, noch zu verdienen oder aufzubringen wüßte, auch daß er, um Leistung solchen Eides willen, sein Gut oder Haabe nicht veräußert oder Andern übergeben habe.

Liegt nun hiernach ein Unterschied zwischen dem gemeinrechtlichen und dem sächsischen Armeneide nach deren Extension klar

vor, so glauben wir auch daß die beiden Eide nicht weniger ihrer Natur nach von einander verschieden sind. Es ist vorlängst nachgewiesen, insbesondere unter Berufung auf die Worte des Reichs-Deputationsabschieds v. J. 1600 §. 9:

Da hinführo einer anfänglich die Armuth beklagt, und in Mangel der obenangedeuteten documentorum darein zu schwehren begehrt,

daß der gemeinrechtliche Armeneid nur ein Ergänzungseid und blos dann zuläßig sein kann, wenn der das Armenrecht Suchende seine Armuth nicht durch ein obrigkeitliches Zeugniß, oder sonst auf eine Weise vollständig hat nachweisen können [1]). Indeß können wir dem blos in so weit beistimmen, als unter dem Armeneide die eidliche Versicherung der Armuth, und zwar der nicht dolosen, verstanden werden soll. Blos diese ist nach gemeinem Rechte subsidiär, und erscheint als unnöthig, sobald die Armuth durch obrigkeitliches Zeugniß oder durch sonstige Beweismittel, welche insgesammt zu diesem Zwecke zulässig sind, dargethan wird. Das eidliche Versprechen der Nachzahlung dagegen wird durch diese Darthuung nicht überflüssig gemacht, vielmehr ist es von jedem, der das Armenrecht sucht, zu geben, und wir glauben, daß es, weil positiv vorgeschrieben, selbst dann nicht in Wegfall kommen kann, wenn durch tüchtige Bürgen die Nachzahlung für den Fall künftiger bessern Vermögensverhältnisse des Armen garantirt werden wollte.

Nach sächsischem Rechte erscheint der Armeneid, so weit er geblieben, durchaus nicht subsidiär. Halten wir uns, um dieß nachzuweisen, zunächst an Gründe, dem positiven Rechte entlehnt, so findet sich eine Bestätigung unserer Ansicht einmal in der copulativen Stellung der beiden, den Nachweis der Armuth betreffenden Bestimmungen, denn es soll die Armuth durch das Zeugniß der Obrigkeit oder sonst auf andere Art beigebracht und bescheinigt, und darauf soll noch der Armeneid geleistet werden, und dann in der Bezeichnung des, ohne Hinsicht auf den Armeneid, bewirkten Nachweises der Armuth durch obrigkeitliches Zeugniß oder eine andere Art als einer Beibringung, einer Bescheinigung, welche Worte in dem ordentlichen Processe nur von einem unvollständigen und minder feierlichen Beweise gebraucht werden. Und in der That —

1) Reinhardt, Handbuch des gemeinen ordentl. Proc. Th. II. §. 328. not. 1.

dieß ist die philosophische Rechtfertigung unsrer Ansicht — kann der Nachweis der Armuth, in dem, von dem Gesetze vorgezeichneten Umfange, wenn wir von dem Armeneide absehen, auf keine andere Weise gnügend erlangt werden. Die Obrigkeit, von welcher überall, mit Ausnahme des einzigen Falles, wo sie selbst dem, das Armenrecht Suchenden als Partei entgegentritt, und die Zeugen und Urkunden, mit welchen in eben diesem einen Falle die Armuth dargethan werden soll, können blos davon dem Richter Gewißheit geben, daß der das Armenrecht Suchende nichts besitze; allein auf die Versicherung daß er dolo nichts besitze, reicht ihre Bescheinigungskraft nicht hinaus, es kann eine solche allgemeine Negative blos durch den Bestärkungseid der Partei selbst glaubhaft werden. Es muß daher auch in der Regel jederzeit auf diesen Bestärkungseid neben dem sonstigen Nachweise der Armuth erkannt werden. Nur in dem einen Falle darf und muß sogar diese Regel bei Seite gesetzt werden, wo das Armenrecht von einem, unter öffentlicher Verwaltung stehenden Institute [2]). gesucht wird. Hier nemlich kann von der öffentlichen Verwaltung die Armuth des Instituts in voller Weise, also daß es nichts besitze und ihres Besitzthums sich auch nicht arglistig entäußert habe, bezeugt werden, und dann bedarf es nicht noch eines Eides über letztern Punkt. In dieser Art ist auch jüngst von der Juristenfacultät erkannt worden, als ein curator bonorum das Armenrecht für das Creditwesen suchte und das Concursgericht ein Armuthsattest in dem erwähnten Umfange ertheilt hatte. Nach gemeinem Rechte müßte einem solchen Institute gleichfalls das eidliche Versprechen der Nachzahlung erlassen werden.

---

2) Also von der einen Art der juristischen Personen. Die andere Art bilden die universitates.

XXIX.

Zur Lehre von der Beweiskraft der Zeugen.

Es ist bekannt, daß überall, wo es um den Beweis blos einer Verität, nicht aber einer Solennität sich handelt, die einstimmige Aussage zweier classischen Zeugen über einen und denselben Beweispunkt vollen Beweis liefert; eine Wahrheit, welche in der Unwahrscheinlichkeit ihren Grund hat, daß zwei glaubwürdige Personen, welche denselben Umstand beobachteten, und beide Ebendasselbe als ihre Wahrnehmungen angeben, durch ihre Sinnen sollten getäuscht worden sein [1]), und welche mithin nicht erst aus den mosaischen, römischen, canonischen und teutschen Gesetzgebungen braucht hergeleitet zu werden [2]). Es ist weiter bekannt, daß diejenigen Fälle, wo das römische Recht zu dem vollen Beweise einer Verität mehr, als zwei Zeugen fordert, von der Praxis nicht anerkannt werden [3]). Und eben so ist es bekannt, daß die arithmetische Eintheilung des nicht vollen Beweises in den halben, den mehr als halben und den minder als halben Beweis, welcher man im gemeinen Rechtsverkehre, in besonderer Beziehung auf den Zeugenbeweis, sehr zugethan ist, die in unzähliger Verschiedenheit möglichen Abstufungen des nicht vollen Beweises keineswegs begrenzen darf [4]). Ja es ist von der lebendigen Jurisprudenz, so sehr sich auch die historische Schule darüber entsetzt, welche in c. 9. §. 1. C. de testib. (IV. 20.) und c. 10. 23. X. de testib. das gerade Gegentheil ausgesprochen findet, anerkannt worden, daß selbst ein einziger Zeuge vollen Beweis liefern kann. Man rechnet zwar

---

1) Glück, Pandectencomm. Th. XXII. §. 1185b. p. 218.

2) Vergl. IV. B. Mosis Kap. 35. V. 30., V. B. Kap. VI. V. B., K. 19. V. 15., fr. 12. D. de testib. (XXII. 5.), c. 4. 5. 10. 23. X. de testib. (II. 20.), Peinl. Ger. Ordn. Carls V. art. 67. 30.

3) Vergl. Glück, a. a. O. p. 219. f. Reinhardt, Handbuch des gemeinen ordentl. Proc. Th. II. §. 193.

4) S. Reinhardt, a. a. O. §. 198. Biener, syst. proc. jud. §. 168.

hierher nicht den Fall des in dem possessorium summarium zu beweisen gewesenen Besitzes, auch nicht den, eines vor Eingehung der Ehe darzuthun gewesenen Hindernisses, wo nicht sowohl ein einziger Zeuge vollen Beweis machen, als vielmehr ein unvollständig geführter Beweis gnügen soll [5]). Und eben so wenig hält man jetzt noch die Aussage eines einzigen Zeugen zum Beweise des Todes eines Abwesenden und zum Beweise der Unschuld eines Angeklagten für vollkommen gnügend [6]). Auch hat der Satz der ältern Practiker: unus testis contra producentem plene probat, heut zu Tage, wenn überhaupt, doch jedenfalls nicht in dem Sinne Geltung, daß der, zu Ungunsten seines Producenten deponirende Zeuge vollen Beweis herstelle oder auch nur classische Beweiskraft habe gegen denselben, indem man dem Producenten nur diejenigen Einreden wider die Person seiner Zeugen abschneidet, die ihm schon zur Zeit der Production bekannt gewesen, von ihm jedoch damals nicht geltend gemacht worden sind, alle später entstandenen oder wenigstens ihm bekannt gewordenen Einreden gegen die Person aber, und eben so die Einreden gegen die Aussagen seiner Zeugen, ihm durchaus offen läßt [7]). Allein man zählt zu den Ausnahmen, wo schon die Aussage eines einzigen Zeugen vollen Beweis giebt, folgende Fälle:

1) wenn der Zeuge eine öffentlich angestellte Person ist und als solche über dasjenige, was zu ihren Amtsgeschäften gehört, deponirt,

2) wenn die Partei, gegen welche Beweis geführt wird, die Aussage eines einzigen Zeugen als vollen Beweis gelten lassen will,

3) wenn der Erblasser in seinem letzten Willen verordnet hat, daß das Zeugniß einer bestimmten Person in einem gewissen Falle zwischen seinen Erben entscheidend sein soll [8]).

Diese Fälle müssen jedoch um einen noch vermehrt werden, welche wir in den Lehr- und Handbüchern des Processes nicht vorgefunden haben. Wir sind nemlich der Ansicht, daß das eidliche Zeugniß eines einzigen Zeugen auch dann vollkommnen Beweis

---

5) Glück, a. a. O. p. 222. f.
6) Glück, a. a. O. p. 223. f.
7) Glück, a. a. O. p. 225. ff. Reinhardt, a. a. O. §. 193. not. 5.
8) S. über diese Fälle Glück, a. a. O. p. 220. ff. Reinhardt, a. a. O. §. 193.

wider denjenigen herstellt, gegen welchen er ausgesagt hat, und zwar ohne Unterschied, ob dieß der Producent ist oder der Product, sobald des Zeugen Aussage gleich einem Bekenntniße wirkt oder vielmehr in der That ein Bekenntniß ist, welches derjenige, wider den der Zeuge ausgesagt hat, gegen sich gelten lassen muß. Dabei wird natürlich vorausgesetzt, daß der Zeuge ganz classisch ist, denn in dem Grade, wie die Glaubwürdigkeit des Zeugen sinkt, vermindert sich auch die Beweiskraft seines Bekenntnißes. In welchem Falle aber die Aussage eines Zeugen den Character eines Bekenntnißes annimmt, welches die eine Proceßpartei wider sich gelten lassen muß, kann theoretisch nicht bestimmt werden, vielmehr muß hier Alles der Gestaltung in concreto anheimgestellt bleiben. Beispielweise mag gedacht sein, daß in dem Processe des Mandanten und des Contrahenten aus dem, dem Mandatar übertragen gewesenen Geschäfte der Letztere mit seiner, wenn nur unverdächtigen Angabe über den Abschluß des Geschäfts fast immer vollen Beweis gegen den Mandanten herstellen wird. Auch mag folgender, vor nicht langer Zeit durch die Juristenfacultät zu Leipzig entschiedene Rechtsstreit zur Beleuchtung des Gesagten und als Maasgabe zu dem Urtel im vorkommenden Falle erzählt sein. In einer Negatoriensache nahm Beklagter die servitus itineris über des Klägers Gartengrundstück von seinem Hause weg nach der Dorfaue in Anspruch, stützte sich auf die Adquisitivverjährung und brachte zu deren Erweise hauptsächlich drei Zeugen. Von diesen, die ganz unverdächtig waren, deponirten zweie eidlich, daß sie von dem Jahre 1836 zurückgerechnet — denn auf diesen Zeitpunt kam es an — das Gehen in der, von dem Beklagten behaupteten Weise seit 5. 10. 20. 30. 40. und mehr Jahren gesehen haben; und der dritte Zeuge gab an, des Beklagten Haus sei vor dem Jahre 1797 oder 1798 von seinem Vater und nachmals 15 Jahre lang von seinem Bruder besessen worden, und diese, so wie alle Leute, welche in dem Hause etwas zu thun gehabt haben, seien, wie er selbst gesehen, während dieser Zeit über des Klägers Grundstück gegangen. Da nun der Beklagte blos zwei Besitzhandlungen, von denen die eine auf den Anfang, die andere auf das Ende der Verjährungsfrist fiel, höchstens drei, von denen die letztern zwei das Ende der Verjährungsfrist in ihrer Mitte hatten, zu beweisen hatte, und, in so weit die Zeugen nicht über den Besitz der Dienstbarkeit in jedem einzelnen Jahre der Verjährungszeit deponirten, in Betreff der Ausübuug der Dienst-

barkeit in der Zwischenzeit durch die Vermuthung des fortgesetzten Besitzes unterstützt wurde [9]), so hatte derselbe mit obigen Zeugenaussagen vollständig bewiesen, und konnte auf den Grund seines Beweises ein lossprechendes Erkenntniß erwarten. Indeß war des zuletzt erwähnten Zeugen von ihm selbst gedachter Bruder bei dem Gegenbeweise des Klägers benutzt worden, und dieser sagte aus: Er habe im Jahre 1811. seinen Besitz an dem Hause des Beklagten aufgegeben, nachdem er ihn 15. Jahre lang ununterbrochen gehabt; er aber und sein Vater, sein nächster Besitzvorgänger, wären nie über des Klägers Garten gegangen, der Zeuge habe sogar sein Grundstück durch einen Stangenzaun von dem des Klägers abgegrenzt. Diese Deposition vernichtete offenbar, wenn schon sie nur eine einzige war, den ganzen Beweis des Beklagten, indem der Zeuge ein Besitzvorgänger des letztern und zwar ein solcher war, dessen Besitzzeit in die Verjährungsfrist fiel, ohne dessen Besitzzeit also die Verjährung gar nicht hergestellt ward. Der Zeuge zerstörte mit seiner Aussage die praesumtio continuae possessionis, und der Beklagte mußte verurtheilt werden, der Beeinträchtigung des Eigenthums des Klägers durch das Betreten dessen Gartens sich zu enthalten.

---

9) Kori und v. Langenn, Erörterung pract. Rechtsfragen. Th. I. Abh. 2., p. 18. f. Unterholzner, Entwickelung der Verjährungslehre, Leipzig 1828. Th. I. §. 139. p. 497.

XXX.

Ueber die gehörige Anfertigung der Alimentationsklagen.

Nach gemeinem Rechte liegt die gesetzliche Pflicht, die ehelichen Kinder zu alimentiren, zunächst dem Vater, als dem ersten Vorstande der Familie, und wenn dieser dazu unvermögend ist, der Mutter, endlich in dem Falle des Unvermögens auch dieser gemeinschaftlich den väterlichen und mütterlichen Adscendenten ob [1]. Auf gleiche Weise verhält es sich auch in Sachsen, und es existirt nirgends ein gesetzlicher Anhalt, um einen Unterschied zwischen den väterlichen und mütterlichen Adscendenten zu machen, wie dieß wohl versucht worden ist [2]. Die gesetzliche Pflicht zur Alimentation unehelicher Kinder liegt nach gemeinem Rechte zuerst dem Vater des Kindes, dann der Mutter und endlich dem mütterlichen Großvater, nicht aber auch, wie Einige annehmen, dem väterlichen Großvater ob [3]. In Sachsen ist dagegen durch das Gesetz vom 12. Nov. 1828. (G. S. p. 255. ff.) die Verpflichtung zu Alimentation der unehelichen Kinder zuerst dem Vater, dann der Mutter, hierauf den

---

1) Es scheint dieß die richtigere Ansicht zu sein, worüber zu vergleichen Glück, Pandectencomm. Th. XXVIII. §. 1289. Anderer Meinung ist Bucher, Recht der Forderungen, 2te Aufl. Leipzig 1830. §. 160., welcher erst dem Vater, dann dem väterlichen Großvater, hierauf der Mutter und endlich dem mütterlichen Großvater die Alimentationspflicht aufgelegt wissen will. So auch Hänsel, in den Excursen zu Curtius, Handb. des sächs. Privatr. Th. I. p. 325. f. Daß die Geschwister und entferntern Anverwandten nicht verbunden sind zur Alimentation, darüber s. Bucher, a. a. O. p. 518. not. 5. A. M. ist Curtius, Handb. des sächs. Privatr. §. 158. Ausgabe von Hänsel; s. dagegen des letztern Excurse zu Curtius, Th. I. p. 324. und die dort citirten Schriftsteller. Auch die Pathen haben keine gesetzliche Alimentationspflicht über sich, s. Glück, a. a. O. §. 1289b.

2) S. Curtius, a. a. O. §. 158., Hänsel, Excurse, Th. I. p. 327.

3) S. hierüber Bucher, a. a. O. p. 519. und die daselbst not. 8. angezogenen Schriftsteller. Glück, a. a. O. §. 1289. 1289a und die p. 221. not. 54. genannten Schriftsteller.

mütterlichen Großeltern und endlich den väterlichen Großeltern auferlegt worden, wie dieß bereits durch die Decis. 28. v. J. 1746. in Betreff der Erblande festgesetzt war.

Die gesetzliche Alimentationspflicht ist unbestritten, sie mag eheliche oder uneheliche Kinder betreffen, hinsichtlich der, ihr unterworfenen genannten Personen eine subsidiäre, und eben deshalb sind diese Personen blos in einer gewissen Reihfolge zur Alimentation verbunden. Auch darüber ist kein Zweifel unter den Rechtslehrern, daß die gesetzliche Pflicht zur Alimentation ehelicher Kinder in so fern subsidiär sei, als die obengenannten Personen nur dann erst zur Alimentation angehalten werden können, wenn die Kinder nicht selbst Vermögen zu Bestreitung der Alimente besitzen [4]. Es ist daher auch der Vater, wenn er nach beendigter väterlichen Gewalt den Kindern ihr Vermögen herausgiebt, die auf deren Alimentation verwendeten Kosten von deren Vermögen abzuziehen berechtigt. Eben so sollte man freilich auch der Mutter gestatten, die auf die Alimentation ihrer ehelichen Kinder verwendeten Kosten von deren Vermögen, welches sie zur Zeit ihrer Alimentation besitzen, abzuziehen; man nimmt jedoch unter Berufung auf gewisse Stellen des römischen Rechts an, daß die Mutter, wenn sie nicht ausdrücklich das Gegentheil erkläre, ihren ehelichen Kindern die auf deren Ernährung verwendeten Kosten habe schenken wollen, wogegen aber ihr (und natürlich auch ihren Erben) die Rückforderung der, aus ihrem Vermögen bestrittenen Alimentationskosten von dem Vater der Kinder, als dem nächsten Alimentationspflichtigen, nachgelassen ist [5]. Man wendet dieß Letztere auch auf die Mutter unehelicher Kinder an. Nun sollte man glauben, da die gesetzliche Verpflichtung zu Alimentation der unehelichen Kinder unverkennbar analog der, zu Alimentation der ehelichen festgesetzt ist, daß es zu jener Verpflichtung des Vaters, der Mutter, der mütterlichen und resp. väterlichen Adscendenten ebenfalls erst dann kommen könne, wenn die unehelichen Kinder kein eignes Vermögen zu Bestreitung der Alimente haben. Indeß wollen die Practiker dazu sich nicht geneigt zeigen. Die Gründe dieser Abneigung scheinen darin zu

---

4) Glück, a. a. O. §. 1285. p. 58. §. 1286. p. 62. Curtius, a. a. O. §. 158. Hänsel, Excurse, Th. I. p. 330. Bauer, diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato §. 11. (in opuscul. Lips. 1787. p. I. p. 78. sqq.)

5) Gottschalck, disc. for. T. III. c. 10. ed. II. Biener, opusc., Lips. 1830. Vol. II. p. 356. sqq. Curtius, a. a. O. §. 158. not. k.

liegen, einmal daß die Richter und selbst die Particulargesetze [6]) die Summe, welche die gesetzlich Verpflichteten zur Alimentation der unehelichen Kinder hergeben sollen, so niedrig bestimmen, daß sie in der That nur als Beiträge oder Zuschüsse zu den, von einem Andern herzugebenden Alimenten erscheinen; ferner darin, daß die verurtheilenden Erkenntnisse in Streitsachen über Alimentation unehelicher Kinder blos von Beiträgen zur Alimentation zu sprechen pflegen [7]), offenbar, weil die Richter selbst durch die hergebrachte oder gesetzlich bestimmte Niedrigkeit der Alimentationssumme zu dem Glauben verleitet werden, daß diese nur als Beitrag anzusehen sei; endlich darin, daß der Fall, wo ein uneheliches Kind, für welches gesetzliche Alimente gefordert werden, selbst Vermögen besitzt, höchst selten vorkommt. Wenn jedoch dieser letztere Grund, weil er rein dem Zufalle entlehnt ist, nicht geeignet sein kann, das Rechtsprincip in Vergessenheit kommen zu lassen, so sind auch die erstern beiden Gründe nicht weniger unhaltbar, da bekanntlich die gesetzliche Pflicht zur Alimentation unehelicher Kinder, unter Berufung auf nov. 89. c. 12. §. 6.,

„pasci vero naturales — sancimus, ut decet — secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam."

auf den nöthigen Lebensunterhalt (alimenta naturalia) beschränkt wird, und nur deshalb die Niedrigkeit der Alimentationssumme gebräuchlich ist. Dafür, daß die gesetzlich zur Alimentation unehelicher Kinder Verpflichteten nicht blos einen Beitrag zu den Alimenten zu geben schuldig sein, spricht auch der Umstand, daß wenn einer der Verpflichteten in obiger Reihfolge die eigne Besorgung der Ernährung des Kindes übernimmt, derselbe keineswegs einen Zuschuß zu den Alimenten von den, nach ihm Verpflichteten fordern kann. Es ist daher anzunehmen, daß auch bei unehelichen Kindern, gleichwie bei ehelichen, nur dann erst die gesetzliche Alimentationspflicht eintritt, wenn die Kinder selbst kein Vermögen zur Alimentation besitzen.

---

6) Das sächsische Gesetz v. 12. Nov. 1828. §. 2. bestimmt eine Summe von 12 bis 60 Thalern, bei deren genauerer Feststellung der Richter das Vermögen und Einkommen des Verpflichteten, so wie nach Befinden den Stand der Mutter und die Bedürfnisse der Erziehung des Kindes zu berücksichtigen hat.

7) Z. B. daß der Schwängerer der Geschwängerten 12 Thaler — — alljährlich zur Ernährung des mit ihm erzeugten Kindes beizutragen schuldig sei.

Ein anderer Gegenstand, auf welchen die Betrachtung der gesetzlichen Pflicht zur Alimentation der Kinder, und zwar der ehelichen, wie der unehelichen, führt, ist das, oft in der Praxis gehörte Brocardicon: in praeteritum non vivitur. Da die Alimentationsverbindlichkeit alsbald mit der Geburt des Kindes ins Leben tritt [8]), so scheint mit diesem dies veniens jenes Sprichwort, welches den Sinn hat, daß Alimente auf die vergangene Zeit dem, gesetzlich zur Alimentation Verpflichteten nicht abgefordert werden können, im Widerspruche zu stehen. Doch ist dieser Widerspruch blos scheinbar, indem das Sprichwort blos dann zur Anwendung kommt, wenn erst nach dem dies veniens, wie in der Regel immer, auf Erfüllung der gesetzlichen Alimentationspflicht geklagt wird. Aber es findet das Sprichwort selbst in diesem Falle nicht jederzeit Anwendung, vielmehr ist so zu unterscheiden. Das eheliche Kind kann von keiner derjenigen Personen, welche gesetzlich zu seiner Alimentation verbunden sind, Alimente auf die Vergangenheit seines Lebens fordern, sobald es auf ein Mehreres, als daß es gelebt habe, und daß der Gegner die Ernährungskosten der vergangenen Zeit keineswegs getragen habe, sich zu berufen nicht vermag, denn es steht ihm die Vermuthung entgegen, daß es aus dem Vermögen des Vaters ernährt worden sei. Ganz gleichmäßig wird das uneheliche Kind mit derselben Klage zurückgewiesen werden müssen, und zwar weil ihm die Vermuthung entgegensteht, daß es durch die Mutter ernährt worden sei, welcher das Recht zusteht, die Ernährung ihres unehelichen Kindes zu besorgen, so lange nicht derjenige, welchen sie auf Erfüllung der gesetzlichen Alimentationspflicht in Anspruch genommen hat, die eigne Besorgung der Ernährung übernehmen kann und will [9]), so wie daß die Mutter auf Ersatz der bereits aufgewendeten Alimentationskosten keinen Anspruch, wenigstens nicht durch ihr Kind, machen wolle. Eben so wird die Mutter des ehelichen Kindes gegen den Vater nicht auf Ersatz der schon aufgewendeten Alimente klagen können, wenn sie mehr anzuführen nicht vermag, als daß das Kind ernährt worden sei, denn es steht auch ihr die Vermuthung der aus dem Vermögen des Vaters bestrittenen Ernährungskosten entgegen. Endlich auch kann ein gesetzlich zur Alimentation des Kindes, des unehelichen, wie des ehelichen, Verpflichteter

---

8) S. Glück, a. a. O. 1288ª, p. 200. und die daselbst, not. 2. angezogenen Schriftsteller.

9) S. Glück, a. a. O. p. 201.

von dem, erst hinter ihn dazu Verbundenen den Ersatz bereits aufgewendeter Alimentationskosten nicht fordern, sobald er nur anführt, daß er die Alimente bestritten habe, denn es wird vermuthet, daß er die Alimente aus eigenem Vermögen bestritten, mithin durch die Gewährung der Alimente nur seine eigne Verbindlichkeit erfüllt habe. Auf diese Fälle allein ist die Anwendbarkeit des Sprichworts: in praeteritum non vivitur zu beschränken. Ueberall dagegen, wo die gedachten Vermuthungen widerlegt werden können, und die hierzu ausreichenden factischen Behauptungen in die Klage aufgenommen worden sind, ist die Klage auf Ersatz bereits aufgewendeter Alimente zuläßig. So z. B. die Klage der Ehefrau gegen den Ehemann, wenn sie anführt, daß die Alimente aus ihrem eignen Vermögen oder mit Gelde, so sie geborgt gehabt, bestritten worden sind; die Klage des Kindes, gleichviel, ob des ehelichen oder unehelichen, oder dessen Vormundes, wenn darin angeführt ist, daß die Alimente durch aufgeborgtes Geld bestritten worden sind. Die außerehelich Geschwängerte kann von dem Schwängerer die Alimente für das Kind auf die Vergangenheit fordern, auch ohne darauf sich beziehen zu müssen, daß sie aus eigner und nicht etwa aus des Beklagten Mitteln die Alimente bestritten habe, denn ihr zunächst kommt, wie schon oben bei anderer Gelegenheit gesagt worden ist, das Recht zu die Ernährung des Kindes zu besorgen, und ihr ist der Vater des Kindes zu Gewährung der Alimentationskosten gehalten, in der Weise, daß er nachzufragen keineswegs berechtigt ist, wie der Mutter die Ernährung des Kindes möglich geworden. Eben deshalb braucht auch das unvermögende uneheliche Kind, wenn es nach dem Tode der Mutter die gesetzlichen Alimente von dem Vater fordert, nur darauf sich zu berufen, daß es Erbe seiner Mutter geworden sei. Und eben deshalb kann auch ein Dritter die auf die Ernährung des unehelichen Kindes verwendeten Kosten bei Lebzeiten der Mutter nur dann von dem Vater des Kindes fordern, wenn er sich darauf zu berufen vermag, entweder daß ihm die Mutter ihr Recht cedirt oder daß er negotia für den Vater gerirt habe, oder daß eine in rem versio vorliege. Der Stuprator ist zunächst nur der Mutter für die verfallenen Alimente gehalten. Endlich ist zu gedenken, daß in jedem andern Falle der Dritte die bestrittenen Alimente ebenfalls nur unter tüchtiger Bezugnahme auf eine negotiorum gestio oder in rem versio von dem, gesetzlich zur Alimentation Verpflichteten fordern kann.

Es wird nur zu häufig von den Anwälten wider diese Grundsätze in Anfertigung der Klagen verstoßen, und wir haben daher deren kurze Zusammenstellung für nicht unersprießlich gehalten. Zum Schlusse theilen wir einen interessanten Fall mit, in welchem die Juristenfacultät zu Leipzig die jetzt vorgetragenen Grundsätze, so weit sie auf das Streitverhältniß einschlugen, in Anwendung gebracht hat. Nach dem Tode einer unverheiratheten Frauensperson war deren unehelichem Kinde ein Altersvormund bestellt, welcher die Alimente seines Mündels drei Vierteljahre lang aus eignen Mitteln bestritt. Nach dieser Zeit ergab sich ein kleiner Nachlaßbestand, welcher dem Kinde, als alleinigem Intestaterben der Mutter, anheimfiel, und der Vormund bestritt jetzt eine Zeit lang die Alimente aus diesem ererbten Vermögen. Später forderte er von dem Vater des unehelichen Kindes die gesetzlichen Alimente auf die Zeit seit dem Tode der Mutter. Der Anspruch wurde in Betreff der Alimente auf jene drei Vierteljahre, welche der Vormund aus eignen Mitteln verlegt hatte, für begründet erachtet, hinsichtlich der Alimente dagegen, welche aus des Kindes ererbtem, also eignem Vermögen bestritten worden waren, zurückgewiesen.

XXXI.

Zur Lehre von der Stellung der Proceßparteien und des Richters gegen einander.

Nach Einreichung des Beweises in dem ordentlichen Processe ist das gemeinrechtliche Verfahren bekanntlich folgendes: Der Richter hat die Einhaltung der Beweisfrist und die Zulässigkeit des Beweises, so wie der Beweismittel zu prüfen und, wenn hiergegen etwas nicht zu erinnern ist, dem Gegner den angetretenen Beweis mitzutheilen. Hierauf folgt das Productionsverfahren im weitern Sinne, in welchem die Parteien mit derselben Prüfung, welche nach dem eben Gesagten zunächst dem Richter obliegt, sich befassen und über die, von dem Producten über Beobachtung der Beweisfrist, Zulässigkeit des Beweises, der Beweismittel und des Beweisverfahrens vorgebrachten Einwendungen streiten. Es kann von dem Richter über diese Streitpunkte ein Erkenntniß (das Productionserkenntniß) gegeben werden, und erst dann beginnt das Productionsverfahren im engern Sinne d. h. die wirkliche Darbringung, Anwendung und Benutzung der zulässigen Beweismittel. Nach dessen Absetzung erfolgt das Hauptverfahren oder die Verhandlung der Parteien über die noch nicht beseitigten Beweiseinreden und über den Werth des geführten Beweises, worauf die Definitiventscheidung gegeben wird [1]). Der sächsische Proceß weicht hiervon nicht auffallend ab. Der Richter hat ebenfalls nach Einreichung des Beweises zu prüfen, ob die Beweisfrist beobachtet worden, der Beweis selbst, auch die Beweismittel zulässig seien, und hat, wenn er kein Bedenken findet, die Beweisartikel dem Gegner zuzufertigen, gleichzeitig aber einen Productionstermin anzuberaumen, in welchem die Parteien das gemeinschaftliche Productionsverfahren im weitern

---

1) Martin, Lehrb. des gem. bürg. Proc. §. 185. ff. Linde, Lehrb. des gem. Civilpr. §. 249. ff.

und engern Sinne in seiner Verbindung abhalten. Jedenfalls wird sodann ein Productionserkenntniß über die Beobachtung der Beweisfrist und die Zulässigkeit des Beweises, so wie die noch nicht benutzten, wenn auch schon vorgelegten Beweismittel ertheilt, dafern nicht die Parteien ausdrücklich auf Aussetzung dieses Erkenntnisses compromittiren. Nach völliger Benutzung der Beweismittel findet das Hauptverfahren statt, und endlich erfolgt die Definitivsentenz, mit welcher das etwa durch Compromiß ausgesetzte Productionserkenntniß verbunden wird. Hiernach ist nach Einreichung des Beweises die erste Aufgabe für den Richter und für die Parteien, die Form des Beweises und der Beweismittel zu prüfen, und dem Productionserkenntnisse ist dieselbe Aufgabe gestellt. Das Enderkenntniß soll sich eigentlich nur über die Materialien des Beweises verbreiten, und nur wenn der Richter auf solche Beweiseinreden stößt, welche zur Zeit des Productionsverfahrens noch illiquid waren, mithin dort nicht beseitigt werden konnten, beschäftigt sich das Enderkenntniß auch mit der Erledigung dieser Einreden. Setzen wir nun den Fall, daß vor Abfassung des Enderkenntnisses weder der Richter, noch der Product wider die Formalien des Beweises und der Beweismittel irgend etwas gesagt, daß namentlich der Richter in dem gleichwohl ertheilten Productionserkenntnisse hierüber allenthalben geschwiegen oder daß er wohl gar in diesem Erkenntnisse die Formalien des Beweises und der Beweismittel ausdrücklich gebilligt hat, daß nun aber dann, wenn die Acten zu Fällung des Enderkenntnisses vorliegen, die erheblichsten Mängel der Formalien und zwar solcher Art sich zeigen, wie sie bereits bei Einreichung des Beweises und während des Productionsverfahrens klar, also liquid waren; bilden wir uns diesen Fall, so fragt es sich, ob das Enderkenntniß auf diese Mängel noch einzugehen habe und sie noch für relevant erklären könne? Wir glauben, daß in folgender Weise unterschieden werden muß. Die Beobachtung einer bestimmten Beweisfrist ist rein zum Besten des Gegners des Beweisführers vorgeschrieben, und kein Richter kann es hindern, daß der Product dem Producenten eine längere Beweisfrist gestattet, als der Richter und das Gesetz es vermag, oder daß er den Producenten mit dem bereits versäumten Beweise noch zuläßt. Eben so ist der Unterschied zwischen zulässigen und unzulässigen Beweismitteln und die Eintheilung einiger zulässigen Beweismittel in unverdächtige und verdächtige blos im Interesse des Producten gemacht, und es steht lediglich bei ihm,

ob er ein von dem Producenten dargebrachtes unzulässiges Beweismittel gleich diesem für ein zulässiges und zwar unverdächtiges gehalten wissen wolle. Erklärt daher der Product, daß die Beweisfrist beobachtet, daß ein Beweismittel zulässig und zwar unverdächtig sei, so darf in keinem Erkenntnisse, namentlich nicht in der Endentscheidung das Gegentheil hiervon angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, wenn nicht dem Richter die Verletzung der Dispositionsfreiheit der Parteien zur Last gelegt werden soll. Eine Erklärung des Producten der gedachten Art kann nun entweder ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden. Die ausdrückliche Erklärung kann natürlich zu jeder Zeit abgelegt werden; die stillschweigende aber muß als vorhanden gedacht werden, sobald der Product die Zeit, wo er über die Beobachtung der Beweisfrist oder über die Zulässigkeit der Beweismittel definitiv sich zu erklären schuldig war, hat vorübergehen lassen, ohne sich zu regen. Die Zeit, über Beobachtung der Beweisfrist sich zu erklären, ist der Beginn des Productionsverfahrens, und zwar wenn wir das gemeine Recht vor Augen haben, des Productionsverfahrens im weitern Sinne, denn hier steht der Proceß auf dem Wendepunkte, und es hat ausschließlich der Product zu bestimmen, ob auf den nicht zur gehörigen Zeit eingereichten Beweis mit der Beweisführung fortgefahren werden solle oder nicht. Kommt der Product gar nicht in dem Productionstermine, so erklärt er damit, daß er den Beweis nicht für zulässig erachte, und es muß jetzt von dem Richter erkannt werden, daß der Beweis versäumt sei. Kommt aber der Product in dem Termine und verfährt er mit dem Gegner über den Beweis, ohne die Versäumniß desselben zu rügen, so sieht er offenbar von der Letztern ab, und der Richter selbst darf die Versäumniß des Beweises nicht rügen. Eben so muß die, von dem Producten stillschweigend erklärte Zulassung des Beweises angenommen werden, wenn der Richter den in der That versäumten Beweis in einem Erkenntnisse für nicht versäumt erklärt, und der Product dabei sich beruhigt hat. Der Richter kann hier nachmals den Beweis nicht wieder für versäumt erklären, und zwar um so weniger, als er mit sich selbst in Widerspruch gerathen und contra rem judicatam erkennen würde. Ueber die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Beweismittel hat der Product erst in dem Hauptverfahren sich zu erklären, und er braucht selbst in diesem nicht sich zu erklären, vielmehr kann er die Prüfung hierüber ausschließlich dem Richter über-

lassen, welcher dazu ex officio nobili verpflichtet ist. Es folgt hieraus, daß des Producten stillschweigende Erklärung, es sei ein Beweismittel zulässig und in dem oder jenem Grade glaubwürdig, nur dann angenommen werden kann, wenn der Richter solches in einem Erkenntnisse ausgesprochen, und der Product dagegen sich nicht geregt hat. Nur dann also, wenn in dem Productionserkenntnisse rechtskräftig ein Beweismittel für zulässig und in dem oder jenem Grade glaubwürdig erkannt worden ist, kann in der Endentscheidung das Gegentheil davon nicht ausgesprochen werden; in jedem andern Falle aber — vorausgesetzt daß nicht etwa eine ausdrückliche Erklärung des Producten vorhanden ist — kann noch in dem Enderkenntnisse über die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Beweismittel entschieden werden. Aehnlich ist es mit der Statthaftigkeit der Entscheidung über die Zulässigkeit des Beweises in der Definitivsentenz. Die Entscheidung über die Zulässigkeit eines Beweises, also über die Fragen, ob ein gewisser Beweissatz relevant sei, ob der vorgeschriebene relevante Beweissatz von dem Producenten richtig aufgefaßt worden, ob die angemeldeten oder angewendeten und im Allgemeinen zulässigen Beweismittel relevant seien, ist bekanntlich keineswegs den Parteien allein anheimgestellt, wie solches in Betreff der Beobachtung der Beweisfrist und der Zulässigkeit der Beweismittel der Fall ist; vielmehr lediglich dem Richter steht diese Entscheidung zu, denn sie ist ein Theil der Pflicht des Rechtsprechenden, welche unabhängig bleiben muß von jeder Einmischung der Parteien, doch sind diese wieder zu Prüfung der Entscheidung des Richters berechtigt, und sie können nicht eher gehalten sein, des Richters Ausspruch über die Zulässigkeit eines Beweises für ein juristisches Evangelium [2]) zu erachten, als es wider die Entscheidung kein Rechtsmittel mehr giebt. Es können daher die Parteien in einem Processe niemals einen irrelevanten Beweissatz bestimmen, mit dem Erfolge, daß der Richter denselben bei Entscheidung des Streites als Norm beobachten müsse. Es würde, wollte man die Sache anders ansehen, das Richteramt sehr leicht zu einem elenden Diener der Launen der Parteien herabgewürdigt werden. Wenn aber der unverständige oder unfähige Richter einen irrelevanten Beweissatz feststellt oder ein unerhebliches Beweismoment für relevant erklärt, und die Parteien bei dem in dieser Weise gegebenem Er=

---

2) Nemlich für den concreten Fall.

kenntnisse sich beruhigen, alsdann werden diese für einwilligend erachtet, und ihrem spätern Verlangen einer abändernden Bestimmung steht die eingetretene Rechtskraft entgegen. Hat daher der Richter in dem rechtskräftigen Productionserkenntnisse ausdrücklich einen unrichtig aufgefaßten Beweis und unerhebliche Beweismomente für relevant erklärt, so können nachmals die Parteien und der Richter eben so wenig davon, als von der rechtskräftigen Feststellung eines irrelevanten Beweissatzes in dem Beweisinterlocute abweichen, und der Richter darf namentlich nicht in der Definitivsentenz dasjenige für irrelevant erklären, was er früher rechtskräftig für relevant erachtet hat. Hat dagegen der Richter in dem Productionserkenntnisse nicht ausdrücklich den Beweis für zulässig erklärt, so kann er darüber noch in dem Definitiverkenntnisse sich aussprechen und den Beweis noch jetzt für unzulässig, für irrelevant erklären, denn es ist keineswegs eine wesentliche Aufgabe des Productionserkenntnisses, definitiv über die Zulässigkeit des Beweises zu entscheiden, und es muß daher angenommen werden, daß der Richter diese Entscheidung bis zur Definivsentenz sich habe vorbehalten wollen.

XXXII.

Zur Lehre von dem Ungehorsame in dem Civilprocesse.

Soll die Nichtvollziehung einer, in einem Rechtsstreite von dem Richter anbefohlnen Handlung, also der Ungehorsam, die gesetzlich festgestellten Nachtheile nach sich ziehen, so wird vorausgesetzt, daß der Ungehorsame zur Vornahme der Handlung verbunden war, dazu legal und unter Androhung der Ungehorsamsstrafe vorgeladen worden ist und die Unterlassung der Handlung selbst verschuldet hat, was bis zu dem Beweise des Gegentheils vermuthet wird, auch, so viel das gemeine Recht angeht, bei Terminen des Ungehorsams gehörig beschuldigt worden ist. Wendet man dieß auf den Ungehorsam des Beklagten in dem ersten Termine an, so ist jene erste Voraussetzung von der Verpflichtung des Beklagten zu verstehen, auf die Klage zu antworten und seine Einreden gegen dieselbe vorzubringen. Diese Verpflichtung ist nun unter Andern niemals vorhanden, sobald die erhobene Klage an einem Formfehler leidet, namentlich wenn die Klage zu allgemein, zu unbestimmt oder lückenhaft, unschlüßig ist. Liegt daher eine solche Klage vor, und ist der Beklagte im ersten Termine ungehorsam geworden, so können doch, wäre auch die Ladung des Beklagten gehörig erlassen und gebührend insinuirt worden, die Nachtheile des Ungehorsams nicht eintreten, vielmehr muß die Klage wegen der Formfehler zurückgewiesen, und der Kläger sogar zu Erstattung der, durch die Klage dem Beklagten verursachten Kosten verurtheilt werden. Es ist dieß unter den Proceßrechtslehrern gar nicht zweifelhaft. Folgendes aber, was mit dem eben Gesagten ziemlich eng verwandt ist, erscheint nicht so ganz zweifellos. Es fragt sich nemlich, ob der, der gehörig erlassenen Ladung zu dem ersten Termine nicht nachkommende Beklagte auch alsdann mit den Nachtheilen des Ungehorsams belegt werden könne, wenn es bereits im ersten Termine gewiß ist, daß der

Kläger mit denjenigen Beweismitteln, welche er in dem gegenwärtigen Processe anwenden zu wollen erklärt hat, den Grund seiner Klage nicht werde darthun können. Diese Frage, welche vorzüglich von dem Falle zu verstehen ist, wo der Kläger, über den Grund der Klage den Eid antragen zu wollen, sich erklärt hat, was er in Sachsen jederzeit schon in der Klage thun muß [1]), ist wohl bisweilen bejaht worden, und zwar mit Beziehung darauf, daß es im Falle des Ungehorsams des Beklagten in dem ersten Termine nicht noch des Beweises der Klage bedürfe, und daß eben deshalb bei Beurtheilung dieses Ungehorsams weiter nicht, ob der Kläger würde haben beweisen können oder nicht, in Berathung kommen dürfe. Wie jedoch diese Gründe eine Proceßgesetzgebung voraussetzen, welche im Falle des Ungehorsams des Beklagten im ersten Termine adfirmativam litis contestationem fingirt [2]), und dagegen auf den gemeinen Proceß, welcher negativam litis contestationem fingirt und daher den Kläger der Last des Beweises, gegenüber dem ungehorsamen Beklagten, keineswegs überhebt, [3]) nicht passen, so finden sie auch in der Philosophie des Rechts keine Rechtfertigung. Es kann den Proceßparteien die Vornahme nur solcher Handlungen von dem Richter aufgegeben werden, welche in jeder Weise, wie der Partei die Vornahme gestattet ist, zu dem endlichen Ziele in dem Processe führen, welches die eine und die andere Partei verfolgt. Dabei muß also der Richter das Interesse des Klägers, wie des Beklagten, vor Augen haben. Wenden wir dieß an auf die, dem Beklagten abzufordernde Antwort auf die Klage, so kann diese dem Beklagten blos in der Voraussicht angesonnen werden, daß der Proceß endlich jedenfalls zu einer Verurtheilung oder Lossprechung vorschreiten werde, es möge der Beklagte adfirmative oder negative oder mixtim auf die Klage

---

1) Biener, syst. proc. jud. §. 102.

2) Wie die sächsische. S. Biener, l. l. §. 58. 94. Ferner das Würtembergsche Organisationsedict v. 31. Dec. 1818. Th. II. §. 108., die Civilproceßgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen v. J. 1819. art. 45., die Bremer Gerichtsordnung v. 1. u. 9. Nov. 1820. Tit. II. §. 149., das Herzogl. Oldenburgsche Proceßreglem. v. 15. März 1824. §. 8., die Badensche Gerichtsordn. v. J. 1804. §. 31., die Großherzogl. Frankfurter Proceßordn. v. J. 1812. art. 99., der Bairische Entwurf v. J. 1825. §. 335. 358., der Code du canton Vaud de l'an 1825. §. 475., der Code de procedure de Genève art. 130., die Preuß. Allgem. Gerichtsordn. Einleit. §. 14. u. Th. I. Tit. 8. §. 9. bis 12., tit. 14. §. 62.

3) S. c. 6. X. de dolo et cont. (II. 14.), K. G. O. v. 1555. tit III. c. 43 §. 4. D. A. v. 1600. §. 89. 90., J. R. A. §. 36.

antworten. Fehlt diese Voraussicht, so soll der Richter dem Beklagten die Antwort gar nicht ansinnen, denn er begiebt sich in die Gefahr, von dem Beklagten eine solche Antwort zu erhalten, welche ihn in die unangenehme Alternative versetzt, entweder auf einen Beweis zu erkennen, welcher dem Kläger nicht ersprießlich sein kann, oder den Kläger, erst nach der Antwort auf die Klage noch zurückzuweisen, damit derselbe dem begangnen Fehler durch Anstellung einer neuen Klage abhelfe und hierdurch den Weg zu einem, voraussichtlich gnügenden Beweise sich bahne. Hat nun aber dennoch der Richter dem Beklagten eine Klagbeantwortung angesonnen, welche, wenn sie negativ erfolgt — und nur dieß darf vermuthet werden — den Kläger nicht zum Ziele führen kann, und hat er dadurch sich und den Kläger in Verlegenheit gesetzt, so darf die Unterlassung dieser Handlung nicht benutzt werden, um Beide ihrer Verlegenheit zu entheben, d. h. die Fehler des Klägers und des Richters für beseitigt zu halten. Ja nach gemeinem Rechte ist dieß gar nicht einmal thunlich, weil im Falle der unterbliebenen Antwort auf die Klage negativa litis contestatio, wie dieß schon oben gesagt worden ist, fingirt wird, mithin der Kläger immer noch zum Beweise seiner Klage verpflichtet bleibt. Es muß daher auch die oben aufgeworfene Frage mit besserm Rechte verneint werden, und die Juristenfacultät zu Leipzig hat sie auch vor nicht langer Zeit in folgendem Falle verneint. Der Kläger, ein Rittergutsbesitzer, forderte von dem Beklagten einen gewissen Grundzins, indem er zu Begründung der Klage mehr nicht sagte, als daß der Beklagte und dessen Besitzvorgänger den Zins während der Verjährungsfrist unweigerlich entrichtet haben. Er trug den Eid hierüber an, der Beklagte ward in dem ersten Termine ungehorsam. Das Collegium wies den Kläger ab, weil die Klage für den gebrauchten Eidesantrag zu allgemein und unbestimmt war; wäre die Klage nicht auf den Eid, sondern auf Beweis gestellt gewesen, wie man dieß auszudrücken pflegt, so würde der Beklagte pro confesso et convicto erklärt worden sein, weil es denkbar gewesen, daß der Kläger die etwa von dem Beklagten geleugnet werdende Klage durch andere Beweismittel, deren Angabe erst in dem Beweisstadium nothwendig wird, werde beweisen können.

XXXIII.

Zur Lehre von der Präclusion in dem Concurs-processe.

Der Juristenfacultät zu Leipzig lag jüngst ein Concursproceß vor, in welchem zwar durch die richtig erlassene öffentliche Ladung, wie gewöhnlich geschieht, neben dem vereinten Professions- und Liquidationstermine auch der Termin zu Publication des Präclusiverkenntnisses und der Termin zu Publication des (Designations-) Locationsurtels angesetzt worden war, diese zwei letzten Termine jedoch verflossen waren, ohne daß die Publication eines Präclusiv- oder Locationserkenntnisses stattgefunden hatte. Vielmehr waren diese Erkenntnisse von der Facultät erst noch zu sprechen, und es handelte sich dabei um die Modalität der Vorladung zu den anzusetzenden Publicationsterminen. Die Discussionen befaßten sich mit den zwei Fragen:

Bedarf es zur Ausschließung der ungehorsamen Gläubiger im Concursprocesse eines Präclusiverkenntnisses?

Ist, wenn es eines solchen Erkenntnisses bedarf, der Termin zu Publication desselben durch öffentliche Ladung anzuberaumen?

Beide Fragen, von denen die zweite bei weitem minder zweifelhaft erschien, als die erste, wurden von dem Collegium bejahend beantwortet, wie dieß auch schon früher in gleichen, nicht selten vorgekommenen Fällen geschehen. Und in der That, die beiden Fragen müssen bejaht werden, man mag sie nach gemeinem oder nach sächsischem Rechte beurtheilen.

Es giebt keinen einzigen Lehrer des gemeinen Processes, welcher behauptet, daß das Präclusiverkenntniß in dem Concursprocesse fehlen könne, und selbst Dabelow, welcher doch erklärt, es sei nichts ausgemachter, als daß die Wirkung der Präclusion sogleich

mit dem Ablaufe des Liquidationstermins ipso jure eintrete [1]), kann des Präclusiverkenntnisses nicht entbehren [2]). Nur über die Bedeutung dieses Erkenntnisses sind die Lehrer des gemeinen Processes längere Zeit sich nicht klar gewesen, indem sie meinten, daß mit der Publication des Präclusiverkenntnisses die Ausschließung von dem Creditwesen verwirkt werde, und daher bis zu dieser Zeit die Anmeldung der Gläubiger, auch ohne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, noch zugelassen werden müsse, wie denn auch der Gerichtsbrauch ziemlich allgemein für diese Meinung sich entschieden hat [3]). Inzwischen hat schon v. Trützschler a. a. O. auf den Unterschied zwischen der Verwirkung der Präclusion und der Erklärung derselben aufmerksam gemacht, und in der neuern Zeit sind alle Lehrer des gemeinen Processes dahin einverstanden, daß mit dem Ablaufe des Professionstermins und mit der darauf von dem Contradictor eingebrachten Ungehorsamsbeschuldigung die Präclusion der außengebliebenen Gläubiger verwirkt, durch den Präclusivbescheid aber nur diese Verwirkung von dem Richter erklärt werde [4]). Und es entspricht diese Meinung in Wirklichkeit der Philosophie des gemeinen Processes, welche in allen anderen gleichen und ähnlichen Fällen auf dieselbe Weise zur Anwendung kommt. So wird der, zur Antwort auf die Klage gehörig geladene Beklagte bereits mit dem Ablaufe des Termins und der darauf erfolgten Ungehorsamsbeschuldigung des Klägers ungehorsam, allein es wird dieser Ungehorsam und dessen Wirkung erst noch durch ein Erkenntniß ausgesprochen; so wird auch der Kläger, welchem der Beweis auferlegt war, schon mit dem Ablaufe der ihm eingeräumten Beweisfrist ungehorsam, es muß jedoch dieser Ungehorsam und dessen Wirkung noch in einem Erkenntnisse besonders erklärt werden. Die leitende philosophische Idee ist hierbei, daß das richterliche Erkenntniß (das

---

1) Ausführliche Entwickelung der Lehre von dem Concurse der Gläubiger, p. 543.

2) a. a. O. p. 542.

3) Biener, syst. proc. jud. §. 294. Vergl. auch Bayer, Theorie des Concursprocesses, München 1836. p. 177 f., (v. Trüzschler), die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger. Leipzig, 1781. (1. Ausg.) p. 53 f.

4) Gönner, Handbuch des gem. Proc. Bd. 4. p. 583 f., Martin, Lehrb. des teutsch. gemein. bürg. Proc. §. 329 ff., Linde, Lehrb. des teutschen gemein. Civilproc. §. 441. not. 4., Bayer, a. a. O., Schweppe, System des Concurses der Gläubiger, 3. Ausg. Göttingen 1829. §. 117. 118. W. H. Puchta, über den Concursproc. Erlangen, 1827. §. 164 ff., Kind, quaest. for. Tom. IV. c. 44.

Decisivdecret) der Schlußstein sein müsse jeder Differenz unter den Parteien, weil es allein die vollkommenste formelle Gewißheit den Parteien verleihe. Diese Idee wird von dem gemeinen Processe so festgehalten, daß sogar wenn durch Vergleich eine rechtshängig wordene Sache zur Erledigung kommt, über das Bestehen des Vergleichs noch ein richterliches Erkenntniß gegeben wird, um eine Rechtskraft auch hierüber, also die unumstößlichste Gewißheit über den geschlossenen Vergleich, zu erlangen. Daher ist dem gemeinen Processe wohl das Brocardicon: transactio est loco probationis, keineswegs aber das andere, in manchem Particularproceßrechte gehörte: transactio est loco sententiae, bekannt.

Nur in dem Particularproceßrechte kann es daher begründet sein, wenn entweder zu dem Eintritte der Präclusion in dem Concurse die Publication des Präclusiverkenntnisses noch nothwendig, oder im Gegentheile nicht einmal die Ungehorsamsbeschuldigung erforderlich sein, oder endlich ein Präclusiverkenntniß gar nicht ertheilt werden soll [5]).

Das sächsische Recht erheischt nun wohl, nach Maaßgabe des Gesetzes vom 27. Octbr. 1834, einige Abänderungen in dem Proceßverfahren betreffend, §. I. (G. u. V. B. p. 247), nicht weiter die Ungehorsamsbeschuldigung, um in dem Falle des Versäumnisses (an einem Termine) die Ungehorsamswirkung, also auch die Präclusion in dem Concursprocesse, eintreten zu lassen; allein im Uebrigen hat es an dem gemeinen Rechte nichts geändert, in der A. P. O. Tit. IV. §. 1. Tit. X. §. 4. und in der E. P. O. Tit. IV. §. 5. sind die, die Wirkungen des verhangenen Ungehorsams aussprechenden Sentenzen ausdrücklich anerkannt, und überall in den Lehrbüchern des sächsischen Concursprocesses wird des Präclusiverkenntnisses als eines wesentlichen Theiles desselben gedacht. Die entgegengesetzte Meinung, nach welcher ein Präclusivbescheid, also eine richterliche Erklärung der Wirksamkeit des Versäumnisses an dem Liquidationstermine, nicht erforderlich sein soll, beruft sich auch gar nicht auf doctrinelle Autoritäten, sondern befaßt sich nur mit der Interpretation der E. P. O. Tit. XLI. §. 2., wo es wörtlich heißt:

„Wer nun binnen solcher Zeit nicht erscheinet, ist ohne vorhergehende Sententia comminatoria pro praecluso zu achten, und ferner bei dem concursu nicht zu admittiren."

5) Bayer, a. a. O. p. 178. not. 4., Schweppe, a. a. O. §. 118.

Es ist allerdings wahr, daß dieß die einzige, unsern Gegenstand berührende Gesetzstelle ist, indem in den übrigen hierher gehörigen Gesetzen, namentlich in dem Lausitzer Oberamtspatente v. J. 1611, in der A. P. O., in der Erledigung der Landesgebrechen v. J. 1661 Tit. von Justitiensachen §. 10, in den Bankeroutiermandaten v. 7. Jan. 1724, 22. Decbr. 1766, 2. Aug. 1783, so wie in dem eben gedachten Gesetze vom 27. Octbr. 1834 hierüber nichts gefunden wird. Und eben so ist es, in Hinsicht auf den Hauptgrundsatz der Extensivinterpretation, ohne Zweifel begründet, daß die wörtlich angezeigte Gesetzstelle, deren Worte nur von der eigentlichen Präclusion sprechen, welche eintritt, wenn der vorgeladene Gläubiger gar nicht sich meldet, eben so von der uneigentlichen Präclusion verstanden werden muß, welche denjenigen Gläubiger trifft, der zwar im Liquidationstermine sich angemeldet, jedoch im Laufe des Concursprocesses eines Versäumnisses bei Geltendmachung seines Rechts sich schuldig gemacht, z. B. an dem Beweise seiner Forderung sich versäumt hat [6]). Allein die Meinung, daß das sächsische Recht den Präclusivbescheid in dem Concurse nicht verlange, — was, wie hier absichtlich wiederholt wird, nur auf positiver Bestimmung beruhen könnte, — wird mit der E. P. O. Tit. XLI. §. 2. durchaus nicht bestätigt. Denn dürfte man auch unter dem Ausdrucke: sententia comminatoria das Präclusiverkenntniß verstehen, so würde, da eben die A. P. O. und die E. P. O. in den oben angezogenen Stellen die Contumacialerkenntnisse im Allgemeinen und mit aller Klarheit billigt, und eine Ausnahme hiervon nur bei dem Vorhandensein einer eben so klaren speciellen Bestimmung gestattet werden könnte, doch immer die Interpretation der E. P. O. Tit. XLI. §. 2. näher liegen und vorzuziehen sein, daß nach diesem Gesetze die Wirkungen des Versäumnisses in dem Concursprocesse nicht erst mit der Publication des Präclusiverkenntnisses, sondern schon mit dem Versäumnisse selbst (und der damals noch üblichen Ungehorsamsbeschuldigung) haben eintreten sollen, während das Anerkenntniß dieses Eintritts nach der allgemeinen Vorschrift von den Contumacialerkenntnissen immer noch mittels des Präclusivbescheides auszusprechen sei. Indeß darf man unter

---

6) Vergl. über den Unterschied zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion v. Trützschler a. a. O. p. 6. 8. 57. 125., Puchta, a. a. O. p. 339., System des Concursproc. Kori, §. 116.

dem Ausdrucke: sententia comminatoria das Präclusiverkenntniß gar nicht verstehen. Es lehrt dieß schon der Name selbst, denn eine sententia comminatoria ist das, ein Präjudiz androhende Erkenntniß wie es z. B. in dem Diffamationsprocesse vorkommt[7]); und es kann daher das Contumacialerkenntniß, welches den Eintritt des schon angedroht gewesenen Präjudizes ausspricht, nicht als eine sententia comminatoria bezeichnet werden. Es lehrt dieß aber auch die Geschichte von der Citation. Nach altem sächsischen Rechte war die erste Ladung des Beklagten zu dem Rechtstermine eine dilatorische, und erst die zweite Ladung war eine peremtorische. Wenn der Beklagte auf die erste Ladung außengeblieben oder sonst ungehorsam gewesen war, so folgte jedoch die peremtorische Ladung keineswegs unmittelbar, vielmehr wurde über den Ungehorsam des Beklagten rechtlich erkannt, und in diesem Erkenntnisse zugleich die peremtorische Ladung des Beklagten angeordnet, das Letztere ohngefähr in der Weise:

> daß Beklagter, nach anderweit vorgehender Ladung auf die erhobene Klage unter der Verwarnung: daß er, widrigenfalls derselben für geständig und überführt geachtet werden solle, zu antworten und den Krieg Rechtens zu befestigen, sowohl die Unkosten dieses Termins dem Kläger zu erstatten schuldig[8]).

Dieses Erkenntniß war die sententia comminatoria. Die E. P. O. Tit. IV. §. 1., Tit. V. §. 6. und Tit. I. §. 4. bestimmte, daß in allen Fällen, mit Ausnahme des Diffamationsprocesses, die erste Ladung sogleich eine peremtorische sein solle, und wie dies in den gedachten Stellen ganz allgemein ausgesprochen ist, so wurde es Tit. XLI. §. 2 mit den Worten:

> „Nicht weniger ist mit Citation der Gläubiger bald Anfangs zu verfahren — und sollen die in Zukunft sowohl bekannte als unbekannte Gläubiger insgesammt sub poena praeclusi — citirt werden,"

speciell auf den Concursproceß angewendet, was deshalb ganz am Orte war, weil nach der Erledig. der Landesgebr. v. J. 1661 a. a.

---

7) Kind, l. l.

8) Vergl. hierüber Churf. Const. III. p. I., A. P. O. Tit. IV. Tit. X. §. 4., Kori, Theorie des sächs. bürg. Proc. §. 67., Biener, l. l. §. 60., Weiske, Handbuch des Civilprocesses §. 204., Hommel, deutscher Flavius, Bayreuth 1775. Außenbleiben nr. IV.

O. zwar die unbekannten Gläubiger gleich anfangs sub poena praeclusi und öffentlich die bekannten dagegen gewöhnlicher Weise d. h. privatim und erst dilatorisch, dann peremtorisch geladen wurden. Mit diesen Bestimmungen der E. P. O. fiel nicht blos die dilatorische Ladung, sondern nothwendiger Weise auch die, auf Erlassung einer peremtorischen Ladung erkennende Sentenz, also die sententia comminatoria, hinweg; und Jene wie Diese kommt nur noch in dem Diffamationsprocesse vor [9]). Hat nun die E. P. O. Tit. XLI. §. 2. noch besonders gesagt, daß die Präclusion in dem Concurse ohne vorhergehende sententia comminatoria eintreten solle, so hat sie damit nicht mehr gethan, als eine Wirkung davon, daß die erste Ladung jederzeit ohne Weiteres peremtorisch zu erlassen ist, ausdrücklich anerkannt, welche sich ganz von selbst versteht.

So bedarf es also nach sächsischem Rechte, wie nach gemeinem, eines Präclusiverkenntnisses in dem Sinne als richterlicher Erklärung der eintretenden Ungehorsamswirkung.

Diese Erklärung kann der Richter auf zweifache Art ertheilen, entweder ausdrücklich, formell, in einem besondern Präclusiverkenntnisse oder in dem Locationserkenntnisse mit besonders darauf gerichteten Worten, oder stillschweigend, materiell, in dem Locationserkenntnisse durch die Anweisung der Masse an die angemeldeten Gläubiger und durch gänzliche Uebergehung der außengebliebenen oder sonst ungehorsamen Gläubiger. Man theilt daher auch die Präclusionserklärung in die ausdrückliche, formelle, und in die stillschweigende, materielle [10]). Sie mag nun aber auf die eine oder die andere Weise erfolgen, jederzeit ist eine Ladung zu Publication des Erkenntnisses erforderlich, in welchem sie ausgesprochen wird. Darüber herrscht kein Zweifel; nur darüber sind Zweifel erhoben worden, ob diese Ladung eine öffentliche sein müsse, oder nicht vielmehr eine Privatladung sein könne. Diese Zweifel müssen jedoch unerheblich sein, sobald feststeht, daß eine Präclusionserklärung nothwendig ist. Denn wie bei dieser zwar auch die angemeldeten und bekannten Gläubiger, hauptsächlich jedoch die außengebliebenen und unbekannten interessirt sind, und wie unbekannte Personen gar nicht anders, als öffentlich, ge-

9) Weiske, a. a. O., Hommel, a. a. O. Diffamation nr. I., Kind, l. l.

10) S. hierüber v. Trützschler, a. a. O. p. 52., Schweppe, a. a. O. §. 118., Puchta, a. a. O. p. 345. Kori, Concursproc. §. 100. a. E., §. 116. a. E.

laden werden können, wie ferner gerade die Ladung unbekannter Interessenten der eigentliche Fall der öffentlichen Ladung ist [11]), so muß auch folgerecht die Ladung zu Publication der Präclusionserklärung eine öffentliche sein [12]). Ist daher die Präclusionserklärung in dem Locationserkenntnisse, gleichviel, ob stillschweigend oder ausdrücklich, enthalten, so ist auch zu Publication des Locationserkenntnisses eine öffentliche Vorladung zu erlassen [13]). In jedem andern Falle bedarf es zur Publication des Locationserkenntnisses keiner öffentlichen Ladung, denn das Erkenntniß wird nicht einer unbestimmten Menge von Personen, sondern nur denen publicirt, über deren Ansprüche in demselben erkannt wird [14]). Es verhält sich dieß auf gleiche Weise, wie nach gemeinem Rechte die Ladung zu dem Professionstermine und die davon stets getrennte Ladung zu dem Liquidationstermine. Zu dem Professionstermine wird eine unbestimmte Menge von Personen geladen, und die Ladung muß daher, wenigstens nach der neuern und allgemeinern Meinung, eine öffentliche sein. Ist der Professionstermin vorüber, und ist das Präclusiverkenntniß gehörig publicirt, so ist jetzt die, zur vorhandenen Masse concurrirende Gläubigerschaft bekannt, und es können die einzelnen Gläubiger, welche in dem Professionstermine ihre Ansprüche angemeldet haben — denn nur zur Anmeldung der Ansprüche wird dieser Termin angesetzt — zur Darlegung derselben d. h. zur Liquidation privatim geladen werden [15]).

Die hier vertheidigte Ansicht, daß die Präclusion im Concursprocesse durch ein Präclusiverkenntniß ausgesprochen werden, und daß die Ladung zu Publication des Letztern eine öffentliche sein müsse, scheint nach sächsischem Rechte um so weniger bezweifelt werden zu dürfen, als nach dem Mandate vom 17. Novbr. 1779 die Edictalcitation in Civilsachen außerhalb des Concurses Creditorum betreffend, §. 3. in dem ganz analogen Falle, wo abgesehen von dem Concursprocesse es auf Ermittelung genau bestimmter Interessenten und daher auch auf Präclusion der außengebliebenen an=

---

11) S. oben Beitrag XIII. p. 74.

12) S. Günther, Rechtslexicon, sub voce: Concurs, p. 854.

13) Kori, Concurspr. §. 100. a. E.

14) Günther, Rechtslexicon a. a. O. p. 854.

15) S. hierüber Puchta, a. a. O. p. 343. ff. 326. ff., Bayer, a. a. O. p. 175. ff. 158. ff., Gönner, a. a. O. p. 579. f. A. M. ist Kori, Concurspr. §. 102.

kommt, ein Präclusiverkenntniß publicirt werden, die Ladung zu diesem Termine ebenfalls eine öffentliche sein, und

„wenn in dem mit anberaumten termino publicationis, wegen dazwischen gekommener Verhinderungen, die Publication nicht erfolgen kann, ein anderweiter terminus publicationis durch edictales" (also durch öffentliche Vorladung)

anberaumt werden soll. Diese Analogie ist um so prägnanter, als in der gedachten Gesetzstelle bei Beschreibung der Ladung ausdrücklich gesagt ist, daß dieselbe in Conformität mit der, in der E. P. O. Tit. XLI. §. 2. enthaltenen Vorschrift erlassen werden soll. —

Nach Beendigung gegenwärtiger Niederschrift kommt mir in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, neue Folge, Bd. II. Heft 2. p. 152. ff. eine Abhandlung meines Collegen, des Herrn Dr. Heydenreich, über denselben Gegenstand zu Gesicht, welche auch durch den eingangsgedachten Fall veranlaßt worden ist. Der Herr Verfasser behandelt die obigen Fragen nur aus dem Gesichtspunkte des sächsischen Rechts, und beantwortet sie verneinend. Seine sämmtlichen Gründe sind in dem gegenwärtigen Beitrage berührt worden; ob auch widerlegt, muß dahingestellt bleiben. Nur der E. P. O. Tit. XLI. §. 6. und des Rescripts, den in der E. P. O. Tit. XLI. §. 2. 3. denen in Concursen auszufertigenden Edictalcitationen beigelegten rigorem betreffend, v. 14. Juni 1728. habe ich nicht gedacht, und zwar, weil die in ersterer Stelle vorkommenden Worte:

die außengebliebenen (Gläubiger) aber präcludiret (worden),

so wie die in dem Rescripte gebrauchten:

nach erfolgter Präclusion,

eben so gut von der Verwirkung der Präclusion, wie von der richterlichen Erklärung derselben verstanden werden können, und mithin keinen entscheidenden Einfluß auf die aufgeworfenen Fragen üben können. Herr Dr. Heydenreich versteht die Worte von der Verwirkung der Präclusion, indem er sagt, daß sie sonst nicht mit der E. P. O. Tit. XLI. §. 2. in Einklang gebracht werden könnten. Griebner, Discurs, 2te Ausgabe, zur E. P. O. Tit. XLI. §. 6. vox: präcludiret, erklärt die aus dieser Stelle oben hervorgehobenen Worte geradehin von dem Präclusiverkenntnisse.

XXXIV.

Zur Lehre von den proceßualischen Zeitbestimmungen und von den Rechtsmitteln wider das richterliche Verfahren.

Bekanntlich sind die Proceßzeiten entweder „Fristen" (dilationes) oder „Termine" (termini), je nachdem die Parteien entweder innerhalb eines gewissen Zeitraumes bei Gericht eine Handlung vorzunehmen oder zu einer bestimmten Zeit vor Gericht zu erscheinen haben [1]). Die Bestimmung der Fristen und Termine beruht entweder auf der Uebereinkunft der Parteien (dilationes, termini conventionales) oder auf der richterlichen Anordnung (judiciales), die Fristen können auch durch das Proceßgesetz bestimmt sein (dilationes legales). Ist eine Zeit bestimmt, ohne daß für den Fall der Versäumniß ein Nachtheil für die Hauptsache angedroht ist, so heißt sie dilatorisch (dilatio dilatoria, terminus dilatorius), ist eine solche Drohung beigefügt, so nennt man sie peremtorisch (dilatio peremtoria, terminus peremtorius). Sowohl die conventionellen, als auch die judiciellen und legalen Zeitbestimmungen können dilatorisch oder peremtorisch sein. Es ist dieß gemeines, wie sächsisches Recht, nur daß nach Letzterem die dilatorische Zeitbestimmung, mit Ausnahme der monitorischen und Pönalladungen der Parteien, der ersten Ladung des Beklagten im Diffamationsprocesse und der ersten Ladung des Klägers zu dem ersten Rechtstermine, weder von dem Richter, noch von dem Gesetze ausgehen darf [2]). Insgesammt die gedachten Fristen und Termine können

---

1) Bayer, ord. Proc. p. 270.

2) S. Bayer, a. a. O. p. 269. ff., Reinhardt, Handbuch des gem. Processes §. 266. ff., Beitrag XXIII. XXXIII., Biener, syst. proc. jud §. 302. 93., womit jedoch zu vergleichen sind: Martin, Lehrb. des gem teutsch. bürg. Proc. §. 119. 308., Linde, Lehrb. des Civilproc. §. 173.

durch die Uebereinkunft der Parteien verlängert und beziehentlich verlegt werden; und selbst diejenigen gesetzlichen Fristen, deren Verlängerungen dem Richter nicht gestattet ist (Nothfristen, tempora fatalia) sind der Willkühr der Parteien unterworfen und können durch deren Uebereinkunft verlängert werden [3]). Auch kann der Richter auf einseitigen Antrag der einen Partei die von ihm bestimmten dilatorischen und peremtorischen Termine verlegen, und die judiciellen und legalen Fristen, mit alleiniger Ausnahme der Nothfristen [4]), verlängern; auf die dilatorischen Zeitbestimmungen aber muß jedenfalls, wenn sie von den Parteien nicht beobachtet worden sind, eine peremtorische folgen, was in der Natur der Sache liegt. Soll dem Richter gestattet sein, auf einseitigen Antrag der einen Partei den Termin zu verlegen, die Frist zu verlängern, so muß der Antrag zeitig genug d. h. vor Ablauf des Termins oder der Frist gemacht worden sein; nach gemeinem Rechte ist jedoch auch der nach Ablauf des Termins gestellte Antrag, den Termin zu verlegen, als ein zeitiger anzusehen, sofern noch nicht die Ungehorsamsbeschuldigung von dem Gegner eingebracht worden ist [5]). Streitig ist, ob der Richter nach gemeinem Rechte dieselbe Frist auf einseitigen Antrag einer Partei mehrmals oder nur einmal verlängern könne. Die Vertheidiger der letztern Meinung [6]) berufen sich auf fr. 10. D. de feriis (II. 12.),

> in pecuniariis causis omnis dilatio singulis causis plus semel tribui non potest.

Indeß muß diese, allerdings ganz bestimmt lautende Stelle, wenn sie überhaupt nicht blos davon, daß in jedem Processe nur einmal auf Beweis erkannt, nur ein Beweis gestattet werden dürfe, sondern wirklich davon, daß die Beweisfrist nicht verlängert werden

---

3) Bayer, a. a. O. p. 278., Reinhardt, a. a. O. §. 266ª. 267. Linde, a. a. O. §. 173., verglichen mit Gönner, Handbuch des teutsch. gem. Proc. Bd. III. Abh. 59. p. 233. ff.

4) S. K. G. O. v. 1555. II. 29. 2.

5) Bayer, a. a. O. p. 277. Martin, a. a. O. §. 308. In Betreff der dilatorischen Zeitbestimmungen scheint Linde a. a. O. §. 173 anderer Meinung zu sein, indem er auf fr. 36. D. de judic. (V. 1.), fr. 2. D. de re jud. (XLII. 1.), c. 1. C. de dilat. (III. 11.) sich beruft, in welchem wir jedoch nicht den mindesten Anhalt zu dieser Meinung gefunden haben. S. jedoch §. 174.

6) Reinhardt, a. a. O. §. 270., Heffter, Institutionen des Proc. p. 356.

dürfe, zu verstehen ist, in Verbindung gestellt werden mit c. 1. C. de dilat., wo gesagt ist:

— eandem dilationem — non facile amplius quam semel, nec ulla trahendi arte sciant esse tribuendam,

und fr. 7. D. de feriis, wo es heißt:

Oratione quidem D. Marci amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est; sed utilitatis litigantium gratia, causa cognita, et iterum dilatio impertiri solet;

und daraus bildet sich folgende Doctrin. Eine Proceßfrist darf nur einmal, nicht leicht wiederholt, verlängert werden, damit die Processe nicht verschleift werden; sind jedoch hinreichende Gründe vorhanden, was der Richter zu untersuchen hat, so ist der Richter auch zu mehrmaliger Fristverlängerung berechtigt [7]). Die teutschen Reichsgesetze geben beinahe eine wörtliche Uebersetzung dieser römischen Gesetzstellen. So entspricht der J. R. A. §. 103., wo es heißt:

(Sollen) keine prorogationes prorogationum mehr zu bitten zugelassen, sondern regulariter über einmal keine Prorogation — nicht erlaubt — werden.

fast ganz dem fr. 10. D. de feriis und der c. 1 C. de dilat., und in der K. G. O. v. 1527. §. 17., K. G. O. v. 1555. III. 16. 6. und in dem J. R. A. §. 50. ist bestimmt, daß keinem Theile die zweite und dritte Dilation absque causae cognitione und Anzeige genugsams Fleiß gegeben werden solle. Zugleich enthält die K. G. O. v. 1555 die Bestimmung, es solle

mit der vierten Dilation gehalten werden, vermög und und Inhalt der gemeinen Rechte;

und der J. R. A. §. 50 sagt, es sollen schon

bei der dritten diejenigen requisita und Solennitäten der Rechten, die bei der vierten bishero bräuchlich gewesen, in Acht genommen werden.

Wie nun ohne Zweifel mit letzten beiden Stellen auf nov. 90. c. 4. und c. penult. X. de testibus (II. 20.) hingewiesen worden ist, nach welchen die vierte Dilation nur nach vorgängigem Eide vor Gefährde ertheilt werden soll, wie ferner unter der ersten Dilation nicht die erste Verlängerung der Frist, sondern die Frist

---

7) Glück, Pandectencomm. Th. III. §. 268. p. 550. f.

selbst zu verstehen ist, was der J. R. A. §. 50. ausdrücklich sagt, und wie endlich die gedachten teutschen Reichsgesetze zwar die Bedingungen der Fristverlängerungen, nemlich ausreichende Begründung des Verlängerungsgesuchs, worüber der Richter zu urtheilen hat, und Leistung des Gefährdeeides, der sogenannten solemnitas legalis [8]), bei Ertheilung der zweiten und der spätern Verlängerung festgesetzt, die Fristverlängerungen jedoch auf eine bestimmte Zahl keineswegs beschränkt haben [9]), so scheint auch die Meinung derer die begründetere zu sein, welche die Zahl der Fristverlängerungen ganz der Willkühr des Richters anheimgeben [10]). Mit dieser Ansicht stimmt auch das alte sächsische Recht überein, wie es in der P. O. v. 1622 enthalten ist. Hier heißt es nemlich Tit. XX. §. 5.

> daß der Richter nach Befinden ihm (dem Producenten) dieselbe (die Beweisfrist) ein = und aus erheblichen Ursachen zum andernmal, weiter aber nicht, als cum causae cognitione und solemnitate legali prorogiren möge.

Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß die Worte: „weiter aber nicht, als" anders zu verstehen seien, als daß weitere d. h. mehrere Fristverlängerungen nicht anders, als cum causae cognitione und solemnitate legali gegeben werden sollten. Allerdings hat die Praxis in diesen Worten die Beschränkung auf dreimalige Fristverlängerung gefunden, und sie scheint in der Erledigung der Landesgebrechen v. J. 1661 Tit. von Justiziensachen §. 21. 22. (C. A. I. p. 218) und in dem Dippoldiswaldaer Mandate vom 18. Febr. 1691. §. 5. (C. A. I. p. 1164.) Bestätigung zu finden, wo immer nur von der ersten, zweiten und dritten Fristverlängerung (in der Erl. der Landesgebr., mit Hinsicht darauf, daß die Beweisfrist selbst dilatio heißt, von der quarta dilatio) gesprochen wird [11]). Nur darin weicht schon die A. P. O. von dem gemeinen Rechte ab, daß sie während dieses, wie oben gezeigt worden, bereits bei der zweiten Fristverlängerung (dritten Dilation) die solemnitas legalis fordert, dieselbe erst bei der dritten Fristverlängerung erheischt. Die E. P. O. nähert sich zwar dem gemeinen Rechte dadurch wieder, daß sie Tit. XX. §. 3. die solemnitas le-

8) Eine Bezeichnung, welche aus der A. P. O. Tit. XX. §. 5. entlehnt ist.

9) Wie Bayer, a. a. O. p. 277. dieß annimmt.

10) Biener, l. l. §. 176., Glück a. a. O. p. 550. f.

11) Biener, l. l. §. 176. not. 5.

galis [12]) als Bedingung schon der zweiten Fristverlängerung festsetzt, entfernt sich jedoch von ihm wieder anderer Seits in so fern, als sie überhaupt nur eine erste und zweite, denen aber, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, a. a. O. §. 4. noch die dritte Fristverlängerung, und zwar so, daß erst bei dieser die solemnitas legalis geleistet wird, verstattet.

An diese, wie es uns scheinen will, nicht uninteressante geschichtliche Vergleichung des gemeinen und des sächsischen Processes knüpfen wir, mit Beiseitesetzung der, unserem Zwecke fremden Frage, von welchem Zeitpunkte an die erlangte Fristverlängerung zu rechnen sei, die Erörterung darüber, ob dem Richter bei Beurtheilung des Antrages auf Terminverlegung oder auf Fristverlängerung eine Willkühr verstattet werden könne, womit natürlich nicht verwechselt werden darf, daß der Richter des gemeinen Rechts, wie wir oben gesagt haben, durch kein Gesetz in Betreff der zu verwilligenden Zahl von Fristverlängerungen beschränkt ist. Wir halten dafür, daß bei der Abschlagung oder Bewilligung des Gesuchs um Terminverlegung oder Fristverlängerung eben so wenig die Willkühr des Richters walten darf, wie bei irgend einer andern Aeußerung der richterlichen Thätigkeit. Der Proceßrichter soll kein Despot sein, er soll sich zu seinen Handlungen nicht nach dem, was er will und was er nicht will, bestimmen lassen, vielmehr soll er seine Bestimmungsgründe aus den Gesetzen und aus der Wissenschaft entnehmen, und er soll, weil er den Parteien, wie dem Staate, für seine Handlungen verantwortlich ist, seine Bestimmungsgründe den Parteien vorlegen, damit sie wissen, ob seine Entschließung den thatsächlichen und den rechtlichen Vorlagen entspreche. Die Verpflichtung des Richters, Gründe anzugeben, beschränkt sich keineswegs auf die Erkenntnisse (Decisivdecrete), sie kommt eben so bei den (einfachen) Decreten in Anwendung. Der Richter hat daher bei Abschlagung oder Bewilligung eines Gesuchs der erwähnten Art nach objectiven Gründen sich zu bestimmen und diese den Parteien mitzutheilen. So unanfechtbar dieß zu sein scheint, so bemerkenswerth ist es, in der Praxis des sächsischen Rechts bisweilen auf die entgegengesetzte Meinung zu stoßen [13]). Es beruft sich dieselbe auf die E. P. O. Tit. XX. §. 5., wo es heißt:

12) welche sie auch daselbst förmelt.

13) Griebner, Discurs zur E. P. O. Tit. XX. §. 5. 6.

— sollen — Unsere Judicia — die Resolution darauf, und ob die gebetene Dilation zu verstatten gemeinet, — ertheilen, (und) — dem Richter nach Beschaffenheit derer Umstände, selbige — zu ertheilen oder auch, wenn keine genugsame Ursache darzu vorhanden, abzuschlagen freistehen.

Allein diese Stelle, welche in ihrem Zusammenhange davon handelt, daß die Verlängerung der Beweisfrist noch im Laufe der Letztern gesucht, und die Resolution darauf ebenfalls noch im Laufe der Beweisfrist ertheilt, dafern aber der Richter in dieser Zeit keine Resolution gefaßt hat, das Gesuch weder für stillschweigend bewilligt — wie dieß einige Lehrer des gemeinen Rechts, jedoch ohne Grund, annehmen [14]) —, noch für abgeschlagen erachtet werden, vielmehr dem Richter auch nach Ablauf der Beweisfrist die eine oder die andere Resolution zu fassen noch zustehen solle, giebt einer Willkühr in der richterlichen Entschließung so wenig Raum, daß sie vielmehr, mit der Hinweisung, wie die gesuchte Fristverlängerung nach Beschaffenheit der Umstände entweder zu ertheilen oder, wenn keine genugsame Ursache darzu vorhanden, abzuschlagen sei, jede Willkühr des Richters ausschließt. Diese Ausschließung der Willkühr bestätigen auch noch andere sächsische Gesetzstellen. So ist in der E. P. O. Tit. XX. §. 6. von dem Bedenken des Richters die Fristverlängerung zu ertheilen, und davon, daß der Oberrichter finden möchte, die Fristverlängerung sei nicht zu versagen gewesen, die Rede; so ist in der A. P. O. Tit. XX. §. 5 gesagt, daß, wenn der Producent um Erstreckung der sächsischen Frist ansuchen, und dessen erhebliche rechtmäßige Ursachen vorwenden würde, der Richter nach Befindung ihm dieselbe ein- und aus erheblichen Ursachen zum andernmal — prorogiren möge; so ist in der Erled. der Landesgebr. v. 1661. Tit. von Justiziensachen §. 21. verordnet, daß keine fernere Dilation, er (der Part) hätte denn dessen erhebliche und rechtmäßige Ursachen zugelassen; — auch ihm die andere oder dritte Frist nicht ertheilt werden solle, er könnte denn ein

14) Man findet hierin eine stillschweigende Fristverlängerung, welche in dem R. A. v. 1557. §. 57. gestattet sein soll. In diesem ist jedoch nicht von der Fristverlängerung, sondern von der Frist selbst (prima dilatio) die Rede. S. Linde, a. a. O. §. 174. not. 15., Martin, a. a. O. §. 308. not. e., Reinhardt, a. a. O. §. 271. not. 1., Gönner, a. a. O. Th. II. Abh. 32. §. 9.

zu Recht beständiges impedimentum anführen und in continenti bescheinigen; so endlich ist in derselben Stelle der A. P. O., wie dieß oben bei anderer Gelegenheit gezeigt worden ist, für jedes spätere Gesuch nach bereits zweimal bewilligter Fristverlängerung die causae cognitio ausdrücklich vorgeschrieben.

Zum Schutze gegen die Willkühr des Richters in dem gerichtlichen Verfahren dient die Anrufung der Inspectionsbehörde, die sogenannte Beschwerdeführung. Mit dieser pflegt die Extrajudicialappellation verbunden zu werden, um den auf der Basis des willkührlichen Decretes angelegten Fortbau des gerichtlichen Verfahrens zu hemmen. Eben so dient die Extrajudicialappellation, um die Beseitigung eines, den thatsächlichen und rechtlichen Vorlagen nicht entsprechenden Decrets zu erwirken. Es ist dieß unbestritten sowohl nach gemeinem, als auch nach sächsischem Recht [15]). Es fragt sich aber, ob nicht die Einholung rechtlichen Erkenntnisses als ein zulässiges Rechtsmittel zu erachten sei wider das, mit den thatsächlichen und rechtlichen Vorlagen nicht harmonirende Decret, und insbesondere wider ein solches die Fristverlängerung oder Terminverlegung zusagendes oder verweigerndes Decret. Wir glauben, die Frage nach gemeinem, wie nach sächsischem Rechte bejahen zu müssen. Es steht fest, daß der Richter seine (einfachen) Decrete, seine blos das gerichtliche Verfahren leitenden Resolutionen selbst abändern kann, sobald er eine veränderte Ansicht von der Sachlage gefaßt hat, wogegen ihm die Erkenntnisse (die Decisivdecrete) abzuändern, d. h. über denselben Streitpunkt, ohne daß von einer Partei ein ordentliches oder außerordentliches Rechtsmittel eingelegt worden ist, zweimal zu erkennen nicht gestattet werden kann. Die proceßleitenden Decrete werden nie rechtskräftig [16]). Wenn nun diejenige Partei, welche mit dem ertheilten Decrete unzufrieden ist, dem Richter ihre Gründe dafür vorlegt und den Antrag stellt, daß der Richter, wenn er sich nicht bestimmen könnte, ein anderes Decret zu ertheilen, darüber rechtliches Erkenntniß einholen möge, und wenn darauf der Richter entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Versendung der Acten diesem Antrage Raum giebt, so

15) Linde, a. a. O. §. 171. 413., Martin, a. a. O. §. 283. 309. Weiske, Handb. des Civilproc. §. 87. 454.

16) Martin, a. a. O. §. 111. f., Linde, a. a. O. §. 171., Bayer, a. a. O. p. 244. f. A. M. ist Reinhardt a. a. O. §. 315.

scheint er zwar nicht von seinem Decrete ganz abzugehen, jedoch dessen Wirksamkeit so lange zu suspendiren, bis über die Angemessenheit seines Decrets von dem Dicasterium rechtlich werde erkannt worden sein. Die andere Partei, welche jedesmal gehört wird, kann des Richters Entschluß, sein Decret zu suspendiren, so wenig hindern, wie die ganze Abänderung des Decrets, sobald sie nicht eine Extrajudicialappellation einwendet, und es hindert nichts die Entschließung des Dicasteriums über die Materialien der ihm vorgelegten Differenz. Diese Entschließung tritt nun zwar an die Stelle des von dem Richter zuvor gefaßten (einfachen) Decrets, allein sie selbst ist nicht ein solches Decret, sondern eine wirkliche Entscheidung, eine Sentenz, und dieß zwar deshalb, weil sie einen wirklichen Streit schlichtet zwischen der Partei, welche des Richters Decret abgeändert wissen will, und der andern Partei, welche diesem Anlangen entweder ausdrücklich oder stillschweigend, Letzteres dadurch, daß sie mit dem Anlangen sich nicht einverstanden hat, widerspricht. Gegen diese Entschließung des Dicasteriums sind auch blos die ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel statthaft. Zu diesen aus der Natur der Sache entlehnten Gründen, die Einholung rechtlichen Erkenntnisses als ein zuläßiges Rechtsmittel wider die (einfachen) richterlichen Decrete zu erachten, tritt noch, wenn wir das gemeine Recht im Auge behalten, der Umstand, daß die Einholung rechtlichen Erkenntnisses nach gemeinem Rechte als ein Rechtsmittel sogar wider wirkliche Entscheidungen des Richters behandelt wird [17]. In dem sächsischen Rechte findet sich keine einzige Bestimmung, welche die ausgesprochene Ansicht widerlegte. Zwar beruft man sich, um sie zu widerlegen, auf die E. P. O. Tit. XX. §. 6., wo festgesetzt ist, wie es gehalten werden solle, wenn wider Abschlagung des Gesuchs um Verlängerung der Beweisfrist appellirt worden ist, und der Unterrichter wirklich die Fristverlängerung nicht bewilligt; allein das Gesetz enthält nicht die leiseste Andeutung davon, daß die Appellation das einzige Rechtsmittel sein solle wider die, auf das Fristverlängerungsgesuch gefaßte

17) S. Martin, a. a. O. §. 69. not. a., §. 275. not. e., §. 299., Linde, a. a. O. §. 64. 71. 414. Dagegen Reinhardt, a. a. O. §. 359., welcher die Actenversendung für ein, durch das Particularrecht eingeführtes Rechtsmittel erklärt. S. ferner Sartorius, in der Linde-Marezoll'schen Zeitschrift Bd. XIV. Heft 2. p. 220. 251., 255. not. 3. Vergl. auch Dep. Absch. v. 1600. §. 16. J. R. A. §. 113.

richterliche Resolution. Die Juristenfacultät zu Leipzig nimmt jedoch Letzteres an, und hat es jüngst in folgendem Falle angewendet, die Actenversendung aber als ein geeignetes Mittel, die Abänderung eines unangemessenen proceßleitenden Decrets zu erlangen, nicht anerkannt. Nach dem sächsischen Gerichtsbrauche wird, obgleich wider das letzte Erkenntniß, welches einen Beweis auferlegt oder nachgelassen hat, ein Rechtsmittel nicht weiter zuläßig ist, dennoch die Beweisfrist erst von Ablauf des Decendiums an gerechnet [18]. Ein Anwalt, welcher sich hierauf stützte, suchte bei Gericht am Tage vor Ablauf der von ihm richtig berechneten Beweisfrist um Dilation an, der Richter aber, uneingedenk jenes Gerichtsbrauchs, schlug das Gesuch ab, indem er es für verspätet erklärte. Der Anwalt regte sich dagegen nicht weiter, berechnete vielmehr die Dilationsfrist und reichte vor deren Ablaufe seinen Beweis zu den Acten, mit der Bitte, darauf zu verfügen. Dieß geschah auch, jedoch so daß das Gericht erklärte, von seiner Resolution nicht abgehen zu wollen, und auch die Gegenpartei ihre Rechte durch Protestation sicherte. Die Sache wurde auf rechtliches Erkenntniß gestellt, und wie darauf die Acten zur Juristenfacultät zu Leipzig versendet worden waren, so erkannte diese den Beweis für versäumt, indem sie erklärte, daß es allein dem Willen des Richters anheimgegeben sei, ob eine Verlängerung der Beweisfrist auf den einseitigen Antrag des Beweisführers ertheilt werden solle, und daß dieser, wenn er sich nicht bei der abschläglichen Resolution beruhigen wolle, Appellation dagegen einzuwenden habe, was hier nicht geschehen sei.

Schlüßig bemerken wir, daß wenn auch die Actenversendung geeignet ist, die Abänderung einer unangemessen gefaßten proceßleitenden Resolution zu erzielen, damit durchaus nicht der bisweilen vorkommende Fall verwechselt werden darf, wo der Richter, um selbst der Fassung einer Resolution überhoben zu sein, die Acten zusammenpackt und dem Dicasterium überschickt, damit dieses anstatt seiner die erforderliche Resolution auf den noch unerledigten Antrag einer Proceßpartei ertheile. Bei solcher Sachlage hat die

18) Kori und von Langenn, pract. Erörterungen Bd. II. Abh. 14. Heydenreich, progr., duae quaestiones, Lips. 1839. qu. II. Nach gemeinem Rechte ist dieß zweifelhaft. S. Kori und von Langenn, a. a. O., Gönner, a. a. O. Th. II. Abh. 37. §. 32. Bayer, a. a. O. p. 275.

Juristenfacultät stets den Verspruch der Sache in meritis abgelehnt und dem Proceßrichter zu erkennen gegeben, daß er selbst auf den Parteiantrag zu decretiren habe. Und ganz mit Recht. Die Dicasterien sind nicht bestellt, den Richtern die Resolutionen zu suppeditiren, wiewohl sie bei entstandenem Streite über eine bereits ertheilte Resolution des Proceßrichters darüber zu entscheiden berechtigt sind [19]).

---

19) Vergl. Bayer, a. a. O. p. 243. Sartorius, a. a. O. p. 230. ff. ist der Meinung, daß der Richter auch nur zu dem Zwecke, um sich Rath zu erholen, auf Kosten der Parteien die Acten versenden dürfe.

XXXV.

Zur Lehre von den Wirkungen des ersten Decrets im Civilprocesse.

Der in der Aufschrift berührte Gegenstand ist am Ausführlichsten behandelt worden von Sintenis, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses, Bd. 1. Gießen 1840. p. 71. ff. 156. ff. Sintenis hat nachgewiesen, daß die Wirkungen des ersten Decrets, welches nach gemeinem Rechte in der Mittheilung der Klage an den Beklagten zur Beantwortung, nach den meisten Particularrechten aber in der ersten Ladung des Beklagten besteht, folgende sind:

1) Begründung der Jurisdiction, selbst für den prorogirten Richter, so daß die Sache vor dem einmal angegangenen Richter auch beendigt werden muß;

2) Prävention des decretirenden Richters vor den übrigen, electiv concurrirenden [1]), auch für die Wiederklage;

3) Mala fides des Beklagten, und in deren Folge, Unterbrechung der erwerbenden Verjährung und Verurtheilung in omnem causam;

4) Litigiosität des Objects, was die Folge hat, daß der Streitgegenstand von dem Beklagten nicht veräußert, daß in dem Besitzstande keine Neuerung vorgenommen werden darf;

5) Litispendenz.

Eine andere Wirkung erwähnt er nicht, nämlich

6) die mora des Beklagten bei den actionibus in personam [2]).

Die Litispendenz bezeichnet er p. 182. als einen negativ und positiv ganz bedeutungslosen Wortklang, und sagt p. 181 f. es

---

1) Die Prävention der einen Partei vor der andern entsteht schon mit Einreichung der Klage.

2) S. Bayer, Vorträge über den gemeinen ord. Civilpr. p. 318.

bleibe keine einzige Wirkung für die Litispendenz übrig, welche nicht zugleich entweder dem ersten Decrete oder der Einlassung angehörig wäre; wogegen von Andern mit aller Bestimmtheit die Litispendenz als eine Wirkung des ersten Decrets aufgeführt, und, daß die Litispendenz erst die Litigiosität erzeuge, erklärt wird [3]), was zuletzt auf einen reinen Wortstreit hinauskommen dürfte.

Sintenis widerlegt ferner a. a. O. p. 150. ff. diejenigen, welche die Unterbrechung der Extinctivverjährung ebenfalls als eine Wirkung des ersten Decrets, und nicht vielmehr der Einreichung der Klage, darstellen [4]), er widerlegt ebenso p. 174. ff. die Ansicht derer, welche auch den Verlust des Klagrechts wider die übrigen Correalschuldner oder für die übrigen Correalgläubiger mit der Insinuation des ersten Decrets eintreten lassen; und er erklärt p. 163. unter Berufung auf Unterholzner, ausführliche Entwickelung der Verjährungslehre, §. 129. Th. I. p. 453. ff. die Ansicht Mühlenbruchs in den Pandecten §. 144., daß die Anwendung der c. 2. C. de annali except. (VII. 40.) eine Ausnahme von der Regel sei, die erwerbende Verjährung werde erst mit Insinuation des ersten Decrets unterbrochen, für unbegründet, indem er ausspricht, was eben auch Unterholzner gethan hat, daß das Gesetz nichts mehr als die Anwendbarkeit der Protestation anerkenne für den Fall, daß dem Gegner (dem Beklagten) wegen dessen Abwesenheit, Kindheit oder Wahnsinns und wegen Mangels eines Vormundes für denselben, das erste Decret nicht insinuirt werden kann [5]). Die Erweckung der mala fides erklärt er p. 164. für eine quaestio facti, um hieran die Bemerkung zu knüpfen, daß die Mittheilung einer, nachmals als fehlerhaft zurückgewiesenen Klage an den Beklagten bald geeignet sei, die Verjährung zu unterbrechen, bald wieder diese Wirkung nicht haben könne, je nachdem des Fehlers der Klage ohngeachtet der Beklagte aus dieser die wahre Intention des Klägers habe erkennen, und mithin bei ihm die conscientia rei alienae habe bezweckt werden können. Damit widerspricht er der gewöhnlichen Ansicht, daß die Mittheilung einer fehlerhaften Klage an den Beklagten jedenfalls die Verjährung unterbreche, sobald nur

---

3) Bayer, a. a. O. p. 315. ff.

4) Bayer, a. a. O. p. 314. Gottschalk, disc. for. T. I. c. 23. p. 234.

5) S. noch hierüber Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. 4te Auflage. §. 41.

die Verbesserung der Klage nachher erfolgt, also eine verbesserte Klage eingereicht wird [6]).

Sehen wir ab von demjenigen, was Sintenis über die Litispendenz sagt, und von der unterlassenen Aufführung der mora unter den Wirkungen des insinuirten ersten Decrets, so müssen wir seiner Darstellung vollkommen beitreten, und das von ihm Gesagte als völlig dem gemeinen Rechte entsprechend anerkennen.

Zwei Fragen entscheidet Sintenis jedoch gar nicht, und der Zweck gegenwärtiger Niederschrift ist der Versuch, sie zu beantworten.

Welche Wirkungen hat das, von einem incompetenten Gerichte erlassene erste Decret?

Welche Wirkungen hat das fehlerhaft erlassene oder das nicht gehörig insinuirte erste Decret?

Bayer, a. a. O. p. 314. will dem, von einem incompetenten Richter erlassenen ersten Decrete in allen den Fällen die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung beigelegt wissen, wo nach dem oben Gesagten schon die Protestation diese Wirkung hervorbringt. Es scheint jedoch diese Ansicht deshalb nicht richtig zu sein, einmal weil in allen denjenigen Fällen, wo schon durch die Protestation die Verjährung unterbrochen wird, und wo die Einreichung der Klage die Stelle der Protestation versehen soll, auf die Erlassung des ersten Decrets nichts weiter ankommt d. h. von derselben keine Wirkung weiter abhängt, dann weil in allen den gedachten Fällen, eben in Hinsicht darauf, daß Niemand vorhanden ist, an welchem statt des Beklagten verfügt werden könnte, es zu Erlassung eines ersten Decrets gar nicht kommt, und endlich weil auch in dem Falle, wo ein Abwesender, ein Kind oder ein Wahnsinniger, denen kein Vormund bestellt worden ist, belangt werden soll, der Kläger an des Beklagten competentes Gericht sich wenden muß, was bei unserer heutigen Organisation des Justizwesens und bei den zwischen den teutschen Bundesstaaten unter einander und mit auswärtigen Mächten geschlossenen Conventionen in Betreff selbst der Vagabunden thunlich ist. Wir halten dafür, daß die Insinuation des von einem incompetenten Richter erlassenen ersten Decrets nur geeignet ist, die mora des Beklagten zu begründen; andere Wirkungen können ihr

6) Bayer, a. a. O. p. 313., auch Unterholzner, a. a. O. §. 125. p. 444. f.

niemals beigelegt werden. Die Einreichung der Klage bei einem incompetenten Richter, die Erlassung des ersten Decrets darauf an den Beklagten, haben gar nicht den Character wahrer proceßrechtlichen Handlungen an sich, vielmehr erscheinen sie blos als außergerichtliche Vornehmungen, so lange nicht der, zur Prorogation des Gerichtstandes berechtigte Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend das von dem Gegner gewählte incompetente Gericht für competent anerkannt hat. Ist dem so, alsdann folgt die Richtigkeit unsrer ausgesprochenen Meinung von selbst. Denn die Jurisdiction eines Richters wird blos durch das Gesetz oder die einstimmige Willensmeinung der Parteien begründet, niemals aber durch eine einseitige Handlung der einen Partei oder des Richters; von Prävention eines Richters vor dem andern kann blos unter der Voraussetzung gesprochen werden, daß der Prävenirende gleichmäßig competent ist, wie diejenigen Richter es sind, vor welchen er präveniren will; der Begriff der Litispendenz und der Litigiosität basirt ebenfalls auf dem der Competenz, und endlich ist es bekannt, daß durch außergerichtliche Interpellation keine Art von Verjährung, selbst nicht die extinctive, unterbrochen wird [7]). Die mora aber kann durch außergerichtliche Interpellation herbeigeführt werden, und es hindert nichts, die durch Vermittelung eines incompetenten Gerichts dem Beklagten mitgetheilte Klage als eine solche Interpellation anzusehen. Freilich setzt dies voraus, daß der Beklagte die mitgetheilte Klage wirklich in Empfang genommen und eingesehen hat, was nöthigenfalls d. h. wenn Beklagter es leugnet, durch den Kläger nach den Regeln der gewöhnlichen Beweisführung bewiesen werden muß. Denn der Beklagte kann nicht genöthigt werden, die von einem incompetenten Richter an ihn erlassene Verfügung anzunehmen, die angenommene einzusehen und zu befolgen, und erklärt er, daß er von dem Inhalte der, ihm insinuirten Verfügung des incompetenten Richters keine Kenntniß genommen habe, so ist nicht von einer desidia des Beklagten und folglich auch nicht von einer poena desidiae zu sprechen, welche Begriffe nur dann Platz greifen, wenn das erlassene Decret in jeder Beziehung tadellos ist [8]).

Das von einem competenten Richter ausgegangene, jedoch nicht gehörig insinuirte oder fehlerhaft abgefaßte erste Decret muß unsers

7) Gottschalck l. l. T. II. c. 35.

8) Vergl. Sintenis, a. a. O. p. 162. not. 3.

Dafürhaltens alle Wirkungen haben, welche oben dem tadellos erlassenen ersten Decrete beigelegt worden sind. Es beruhen insgesammt diese Wirkungen auf dem Character der Gerichtlichkeit des erlassenen Decrets, dieser Character kann aber dem von einem competenten Richter ausgegangenen, wenn schon nicht gehörig insinuirten oder fehlerhaft abgefaßten Decrete nicht abgesprochen werden, indem ein Tadel dieser Art nicht die ganze richterliche Verfügung, sondern blos deren Form, wohl gar nur einzelne Theile der Form angeht [9]). Nichts desto weniger bleibt ein nicht unwichtiger Unterschied zwischen einem solchen tadelhaften und einem tadellosen Decrete. Ist das Decret in jeder Hinsicht tadellos, so kann auf den Grund desselben in dem Processe weiter vorgeschritten werden, ohne daß hierzu die Einwilligung des Beklagten nöthig wäre. Ist dagegen das erlassene Decret nicht gehörig insinuirt, z. B. einem Tagelöhner des Beklagten behändigt, oder ist es fehlerhaft abgefaßt, ist z. B. die vorgeschriebene Frist dem Beklagten nicht eingeräumt worden, so kann der Richter in dem Processe nicht weiter vorschreiten, ehe der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat, daß er von der Formunrichtigkeit des Decrets absehen und sich, deren ohnerachtet, in den Streit einlassen wolle. Auch wird in Betreff eines völlig tadellos erlassenen und insinuirten Decrets vermuthet, daß der Beklagte vollständige Kenntniß davon erlangt habe, bis der Beklagte darthut, daß dieß, und zwar ohne sein Verschulden, keineswegs der Fall gewesen sei, und auf den Grund dieses Nachweises Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt. Ist dagegen das Decret nicht gehörig insinuirt worden, und es wird behauptet, daß wenn schon nicht der gesetzlich vorgeschriebene Insinuationsmodus beobachtet worden sei, dennoch dem Beklagten das Decret zugekommen sei, und er von dem Inhalte desselben und der mitgetheilten Klage Kenntniß genommen habe, so ist dieß im Läugnungsfalle, und zwar wenn die mala fides und die mora des Beklagten, die Litispendenz, die Litigiosität damit begründet werden soll, von dem Kläger, Falls dagegen die Prävention des Richters darauf gebaut werden soll, von diesem ebenfalls nach den Regeln der gewöhnlichen Beweisführung darzuthun. **Berger, electa disceptat. forensium p. 82.** scheint dieser Ansicht günstig gewesen

9) Berger, oecon. jur. lib. II. tit. II. thes. 26. not. 6. edit. Hauboldi.

zu sein, indem er sagt: liquet, quamlibet citationem, generalem quoque et indiscretam, interrumpere praescriptionem. Hänsel in der Ausgabe des Curtius, sächsisches Privatrecht §. 552. not. i. p. 183. ist entgegengesetzter Meinung, ohne jedoch einen Grund anzugeben.

Dieß das gemeine Recht. Das sächsische stimmt mit ihm in allen vollkommen überein, ausgenommen in folgenden Punkten.

Nach der E. P. O. Tit. V. §. 4. soll die erste Citation, also das erste Decret, wenn auch die Klage, weil sie an irgend einem Formfehler leidet oder weil sie von einem incompetenten Richter angestellt worden ist, nachmals verworfen wird, effectum interrumpendae praescriptionis haben. Die Bestimmung scheint zwar, da sie von der Wirkung des ersten Decrets spricht, blos von der acquisitiven Verjährung verstanden werden zu können, inzwischen wird sie von der Praxis auch so verstanden, daß die Extinctivverjährung durch eine nachmals wegen Formfehlers oder wegen unrichtig gewählten Gerichtstandes zurückgewiesene Klage ebenfalls unterbrochen werde. Und mit Recht, denn steht der Fehler der Klage nicht entgegen, um durch diese und das darauf erlassene richterliche Decret die Adquisitivverjährung unterbrechen zu lassen, und wird der Einreichung der Klage bei einem incompetenten Richter und der darauf von diesem erlassenen Verfügung an den Beklagten der Character der Gerichtlichkeit beigelegt, um daran die Wirkung der Unterbrechung der Adquisitivverjährung zu knüpfen, alles zu Gunsten des Klägers, welcher in der Hauptsache d. h. in Anstellung der Klage durchaus nicht nachlässig gewesen ist, sondern nur hinsichtlich der Form seiner Klage oder in der Wahl des Gerichts geirrt hat, so liegt kein Grund vor, diese Ansicht des Gesetzgebers auch in dem Falle der Extinctivverjährung nicht anzuwenden, und auch hier dem, nur in minder wesentlichen Dingen nachlässigen Kläger nicht zu helfen. Gestattet das Gesetz in den angegebenen Fällen die Unterbrechung der Verjährung, so muß es noch vielmehr von dem Eintritte der mora des Beklagten verstanden werden, da diese sogar, wie schon oben gesagt worden ist, durch außergerichtliche Interpellation herbeigeführt werden kann. Wenn dagegen das Gesetz, wie es weiter in dem Texte desselben heißt, die Wirkung der Prävention und der Litispendenz in den erwähnten Fällen nicht eintreten lassen will, so ist dieß auch zu extendiren einmal auf die Litigiosität des Objects, wollte man auch nicht diese als eine

Folge der Litispendenz ansehen, und dann auf die Begründung der Jurisdiction, weil, wenn in den, im Gesetze gedachten Fällen auch die Jurisdiction begründet werden sollte, die Wirkung der Prävention und der Litigiosität von selbst folgen würde, und daher, wenn die Wirkung der Prävention und der Litigiosität wegfällt, von Begründung der Jurisdiction auch nicht die Rede sein kann. Uebrigens ist mit der Bestimmung in dem erwähnten Gesetze keineswegs dem Beklagten das Recht entzogen, die Annahme des, von einem incompetenten Richter an ihn erlassenen Decrets zu verweigern, und auf diese Weise die, der bei einem solchen Richter eingereichten Klage und dem darauf von diesem erlassenen Decrete beigelegte Wirkung der Unterbrechung der Adquisitivverjährung und der Herbeiführung der mora solvendi zu vereiteln. Ist dagegen die erste Ladung des incompetenten Richters einmal angenommen worden, so muß in dem Sinne des Gesetzes auch vermuthet werden, daß der Beklagte deren Inhalt hat kennen lernen.

Durch Protestation kann nur in dem einzigen, durch die Decision 5. v. J. 1746. (C. A. C. I. p. 1. p. 350.) bestimmten Falle die Verjährung unterbrochen werden, wenn der Rittergutsbesitzer von den, den Unterthanen obliegenden Diensten, wenn schon in der Verjährungsfrist drei oder mehrere Male dazu Gelegenheit vorhanden gewesen ist, keinen Gebrauch macht, vielmehr die Arbeit durch andere Personen verrichten läßt, bei Gericht jedoch, daß er damit von seinem Befugnisse keineswegs abgegangen sein wolle, erklärt.

Wenn endlich das sächsische Recht die Wiederklage bekanntlich blos im Gegensatze zu der, in dem Executivprocesse verhandelten Conventionssache und in der Eigenschaft als Geltendmachung einer für den Executivproceß, also für die Conventionssache, illiquiden Ausflucht kennt, und mithin durch das erste Decret die Prävention des Richters auch für die Wiederklage nur in dem Falle begründet werden kann, sofern die Klage in dem Executivprocesse angestellt worden ist, so leidet diese Wirkung des ersten Decrets noch darin eine Beschränkung, daß sie auf die, dem sächsischen Rechte bekannte reconventio anticipata nicht extendirt werden darf, d. h. daß wenn in dem Falle concurrirender Gerichtstände die Convention bei einem andern Gerichte angestellt wird, als bei welchem die schon angestellte Reconvention eingereicht worden ist, daß das forum conventionis keineswegs die Reconvention zur fernern Verhandlung vor sich ziehen kann. Es darf dieß nicht anders sein, weil außer-

dem das Befugniß des Beklagten beschränkt werden würde, unter den mehrern Gerichtständen, welche zur Reconvention offen stehen müssen, weil sie zur Convention offen sind, so lange zu wählen, als die Convention noch nicht bei einem der mehrern concurrirenden Gerichte eingereicht, darauf noch nicht Seiten des, durch den Gegner gewählten Richters verfügt, und mithin noch nicht durch den Gegner von den übrigen concurrirenden Gerichten, mit Ausnahme des von ihm gewählten, abgegangen ist. Nur die erst nach angestellter Convention und darauf erlassenem ersten Decrete hervortretende Reconvention muß bei dem judex conventionis eingereicht werden; wird sie bei einem andern concurrirenden Gerichte eingereicht, so ist sie als Separatklage zu behandeln, und es ist hiernach das nach Weise der Reconvention gefaßte Petitum ex officio nobili sachgemäs von dem Richter zu ändern, was ihm nach Maasgabe der E. P. O. Tit. V. §. 1. 2. unzweifelhaft zusteht [10]).

---

10) Vergl. über das sächsische Recht außer der E. P. O. Tit. V. §. 4. und der Dec. 5. v. J. 1746. noch die Dec. 2. v. dems. Jahre, Berger, oecon. jur. l. l., Hommel, rhaps. obs. 109., Kind, quaest. for. T. III. c. 88., Gottschalck II. ll., Curtius, a. a. O. §. 552. not. i. k. §. 562. 578.

XXXVI.

Zur Lehre von der Wiederklage.

Bekanntlich unterscheidet man die Wiederklage des gemeinen und des sächsischen Rechts, welche Letztere nicht etwa blos in dem Königreiche Sachsen, sondern in den sämmtlichen Landen des sächsischen Rechts, mit Ausnahme der Anhaltischen und Gothaischen Länder [1]) vorkommt. Die gemeinrechtliche Wiederklage kommt nur dann, und zwar in Betreff der Form, wie hinsichtlich der Wirkungen, mit der sächsischrechtlichen überein, wenn die Vorausklage im Documentenprocesse verhandelt ist, und durch die Wiederklage der Ungrund der Vorausklage an sich gezeigt oder eine, für den Documentenproceß illiquide Ausflucht, um die Vorausklage entweder ganz aufzuheben oder wenigstens auf ein Geringeres zu beschränken, ausgeführt werden soll [2]). Denn nur in diesem Falle wird die sächsischrechtliche Wiederklage gestattet, und sie wird, wenn mit ihr der erste Zweck verfolgt wird, nämlich die Darlegung des Ungrundes der Vorklage an sich, directe Wiederklage (reconventio directa), wenn sie aber eine illiquide connexe Ausflucht darthun will, indirecte Wiederklage (reconventio indirecta) genannt. Nach gemeinem Rechte dagegen ist es gleichgiltig, ob zwischen dem Objecte der Vorklage und dem der Wiederklage eine materielle Connexität statt findet oder nicht, und der Beklagte in der Vorklagsache kann selbst fremdartige Ansprüche mit der Wiederklage ausführen. Es läßt sich daher in dieser Hinsicht, aber auch nur in dieser, die Erklärung von Kori a. a. O. p. 97. §. 6. billigen, daß das gemeine

---

1) S. Kori, über den Executivproceß, Jena 1826. p. 97. not. 15. 16.

2) Vergl. Bayer, Theorie der summarischen Processe, 5te Aufl. München 1841. p. 103. not. 4. und p. 82. 106. 109. not. 12., Mittermaier, der gemein. t. d. Proceß, Beitr. IV. p. 161. 165. f. 180. ff.

Recht durch das sächsische beschränkt worden sei. Im Uebrigen sind beide Institute gar nicht mit einander verwandt. Die gemeinrechtliche Wiederklage bildet eine Ausnahme von der Regel: actor sequitur forum rei, und diese Ausnahme stützt sich auf den Grundsatz: quem quis pro se agnoscit, eundem et contra se agnoscere tenetur judicem. Das römische, canonische und teutsche Recht berufen sich auf diesen Grundsatz, um zu verhindern, daß zwischen denselben Parteien gleichzeitig mehrere Processe vor verschiedenen Richtern anhängig werden, und erklären den für den Anspruch des Klägers competenten Richter auch für alle und jede Gegenansprüche des Beklagten für zuständig, wenn nur überhaupt der Richter für die auszuführenden Gegenansprüche Gerichtsbarkeit hat [3]. Das gemeine Recht betrachtet die Wiederklage als ein Mittel, der Vermehrung der Processe entgegenzuarbeiten, es will die sämmtlichen Processe der Parteien als einen einzigen, vor demselben Richter anhängigen angesehen, und will sie sogar formell als nur einen Proceß behandelt wissen. Wenn daher die Wiederklage in Verbindung mit der Litiscontestation oder, sofern nämlich die Convention in dem Documentenprocesse verhandelt wird, in Verbindung mit der Recognition der, der Vorklage unterlegten Urkunden vorgebracht wird (reconventio propria), und die Wiederklage zu derselben Proceßart sich eignet, wie die Vorklage, so müssen die Wiederklage und die Vorklage in demselben Verfahren Zug um Zug verhandelt und in demselben Erkenntnisse entschieden werden. Wird aber die Wiederklage später angebracht, zu einer Zeit also, wo das Verfahren über die Vorklage bereits vorgeschritten ist und durch Einmischung neuer Gegenstände nicht weiter gestört werden darf (reconventio impropria), so geht die Wiederklage ihren besondern Gang, es findet über sie ein, von der Vorklagesache getrenntes Verfahren statt, und sie wird in einem besondern Erkenntnisse abgeurtelt. Man sagt daher, jede Wiederklage hat effectum prorogationis, die reconventio propria hat aber noch effectum simultanei processus [4]. Da die gemeinrechtliche Wiederklage blos die Vereinigung aller Streitigkeiten derselben Parteien zu einem einzigen Processe bewirken soll, so kommt auch auf den Zweck,

---

3) Linde, Lehrb. des gem. t. Civilpr. §. 95., Kori, a. a. O. p. 92., Bayer, ord. Civilpr. p. 367. f.

4) Bayer, ord. Civilpr. p. 369. f., Kori, a. a. O. p. 105. ff.

welchen der Wiederkläger mit der Wiederklage verfolgen will, etwas nicht an, das gemeine Recht kümmert sich eben deshalb wenig um die materielle Connexität des Wiederklaganspruchs und des Vorklaganspruchs, und es wird an dem Begriffe der Wiederklage ganz nichts geändert, der Wiederkläger mag der Wiederklage das Gesuch, den Wiederbeklagten ad dandum, faciendum, praestandum zu verurtheilen, oder das Gesuch, die Vorklage für unbegründet, oder den Vorklaganspruch für ganz oder theilweise wiederaufgehoben zu erklären, beigefügt haben, d. h. er mag durch die Wiederklage einen Anspruch mit Hinsicht auf den, demselben inwohnenden besondern Klaggrund oder ohne Berufung auf einen solchen besondern Klaggrund (der vielleicht gar nicht vorhanden ist, wie bei den meisten materiell connexen Ausflüchten) geltend zu machen beabsichtigen. Das gemeine Recht kümmert sich eben so wenig um die Proceßart, in welcher die Vorklage und auch die Wiederklage verhandelt wird. Es kann jene im ordentlichen und diese im summarischen Processe verhandelt werden, und umgekehrt; es stört dieß in keine Weise das Wesen der Wiederklage, nur daß in einem solchen Falle von dem effectus simultanei processus nicht die Rede sein kann, selbst wenn die Wiederklage bereits in Vereinigung mit der Antwort auf die Vorklage oder mit der Recognition der, dieser unterlegten Urkunden vorgebracht worden wäre. Auch wenn die Vorklage im ordentlichen Processe verhandelt wird, kann die Wiederklage ebenfalls im ordentlichen Processe, und zwar, sofern sie erst nach der Litiscontestation vorgebracht worden ist, in separat gehaltenen Acten verhandelt werden. Man drückt dieß gewöhnlich so aus: nach gemeinem Rechte ist die Wiederklage auch im ordentlichen Processe statthaft. Diese Statthaftigkeit setzt jedoch voraus, daß der Wiederkläger mit der Wiederklage einen Anspruch mit Hinsicht auf den, demselben inwohnenden besondern Klaggrund, oder eine, von einem besondern Klaggrunde entblößte materiell connexe Ausflucht, die dem Beklagten erst nach der Definitivsentenz in der Vorklagsache erwachsen ist, geltend zu machen gedenkt. Diese Voraussetzung stützt sich wieder auf den Zweck der gemeinrechtlichen Wiederklage, die mehrern Streitigkeiten der Parteien zu einer einzigen processualischen Verhandlung zu vereinigen, zugleich aber auch auf das Wesen der Eventualmaxime. Im ordentlichen Processe nämlich ist dem Beklagten gestattet, alsbald im ersten Verfahren seine sämmtlichen, peremtorischen Ausflüchte, und diejenigen, welche processua-

lisch denselben gleich behandelt werden, vorzubringen, und es kommt zu der Verhandlung und Entscheidung über dieselben gleichzeitig mit der über die Klage, ohne daß es, um eine solche Vereinigung hervorzubringen, erst noch der Berufung auf das Recht zur Wiederklage bedarf. Ja, nach dem Wesen der Eventualmaxime ist der Beklagte sogar verpflichtet, seine sämmtlichen, zur Zeit des ersten Verfahrens ihm bekannten Ausflüchte, sofern sie nicht einen besondern Klaggrund darbieten, im ersten Verfahren vorzuschützen [5]. Die nicht vorgeschützten werden für verloren erachtet, und es kann mithin zu deren späterer Geltendmachung die Wiederklage nicht gestattet werden. Endlich ist zu gedenken, daß dem gemeinen Rechte der Begriff einer vor Einreichung der Vorklage erhobenen Wiederklage (reconventio anticipata) ganz fremd ist, da eben dem Beklagten das Recht, den Kläger, wie man sich ausdrückt, zu einer Prorogation des Gerichtstandes zu nöthigen, erst mit der Erhebung der Klage wider ihn vor seinem competenten Richter erwächst [6].

Der sächsischen Wiederklage ist der Zweck, mehrere Processe derselben Parteien zu einem einzigen zu vereinigen, durchaus fremd; vielmehr ist der Wiederklagproceß nur als ein Theil, gewöhnlich als eine Fortsetzung des Vorklageprocesses zu betrachten, eingeführt zu Ausgleichung der Proceßparteirechte des Beklagten mit der Begünstigung des Klägers, welchem zu vollständiger Darlegung seines Anspruchs documentarischer Beweis zur Seite steht, die Verurtheilung des Beklagten, auch ohne daß dieser mit seinen Vertheidigungen sattsam gehört worden ist, im Wege des schnellen Documentenprocesses zu fordern. Die sächsische Wiederklage bildet hiernach den Schutz des Grundsatzes: audiatur et altera pars, welcher im Documentenprocesse zum Vortheile des, mit promtem Beweise versehenen Klägers unterdrückt wird. Ueberall in dem sächsischen Processe ist dieser Gesichtspunkt festzuhalten, und daraus ergeben sich diese Folgen.

Die sächsische Wiederklage greift blos dann Platz, wenn die Vorklage im Documentenprocesse verhandelt worden ist; der Satz: Die Wiederklage findet auch im ordentlichen Processe statt, ist dem sächsischen Rechte fremd. S. E. P. O. Tit. VI. §. 2.

---

5) Vergl. Beitrag XX., Kori, a. a. O. p. 94. f.

6) Vergl. Bayer, summ. Proc. p. 104. f. not. 9.

Weil der Wiederklagproceß als ein Theil, gewöhnlich als eine Fortsetzung erscheint des Documentenprocesses, in welchem die Vorklage verhandelt ist; so kann der sächsischen Wiederklage kein effectus prorogationis fori beigelegt werden.

Die Wiederklage wird jederzeit in einer andern Proceßart verhandelt, als in dem Documentenprocesse, denn sie wird dem Beklagten eben deshalb nur gestattet, weil ihm Documente zu vollständiger Darlegung seiner, die Wiederklage begründenden factischen Behauptungen ermangeln. Die sächsische Wiederklage kann daher auch niemals effectum simultanei processus haben, sie wird in besondern Acten verhandelt und in einem besondern Erkenntnisse entschieden. Für das sächsische Recht ist mithin auch der Unterschied zwischen reconventio propria und impropria völlig bedeutungslos.

Da eben dem Beklagten die Wiederklage blos deshalb gestattet wird, weil er diejenigen Thatsachen, welche er ihr unterlegt, nicht mit Urkunden beweisen, also nicht ebenfalls, wie der Gegner seine Vorklage, im Documentenprocesse geltend machen kann, so folgt daraus, daß die Wiederklage nur zu Geltendmachung solcher Behauptungen zulässig ist, welche in materieller Connexität mit der Vorklage stehen, denn Behauptungen anderer Art sind irrelevant. Diese materielle Connexität muß sich in einer der zum Eingange dieses Beitrags angegebenen Richtungen äußern, und es muß daher nothwendig auch das Gesuch der Wiederklage in Beziehung zur Vorklage stehen, welche Letztere durch die Wiederklage beseitigt werden soll. Niemals kann das Gesuch der Wiederklage darauf gerichtet sein, daß der Wiederbeklagte ad dandum, faciendum, praestandum etc. verurtheilt werde.

Zur Anstellung der Wiederklage berechtigt schon das Vorhandensein solcher materiell-connexer Behauptungen, keineswegs ist nothwendig, daß sie auch in dem Vorklagprocesse vorgeschützt werden, oder daß erst die Statthaftigkeit der Wiederklage rechtskräftig ausgesprochen werde. Und dieß darum nicht, weil der Documentenproceß keineswegs auf erschöpfende Erörterung der ganzen Sache seiten des Beklagten berechnet, und daher der Beklagte in dem Documentenprocesse nicht an Beobachtung der Eventualmaxime gebunden ist.

Es ist dieß so wahr, daß der Beklagte, selbst wenn er in dem Documentenprocesse ungehorsam außenbleibt oder in dem Termine

das ihm Obliegende nicht verrichtet, seiner Ausflüchte durchaus nicht verlustig wird [7]. Nur hinsichtlich derjenigen Ausflüchte leidet dieß eine Ausnahme, welche einen besondern Klaggrund darbieten. Diese nämlich können nicht anders in der Wiederklage geltend gemacht werden, als wenn sie in der Vorklagsache ausdrücklich vorgeschützt sind, weil sie erst durch die Vorschützung in materielle Connexität mit der Vorklagsache treten, und nicht vorgeschützt blos als Separatansprüche erscheinen. Es gilt dieß ganz besonders auch von der Ausflucht der Compensation. Diese wird zwar ganz so, wie die Ausflucht der Zahlung behandelt, welche keinen besondern Klaggrund darbietet, allein es setzt dieß immer voraus, daß die Ausflucht der Compensation ausdrücklich vorgeschützt wird. Selbst dann ist dieß erforderlich, wenn der Compensationsanspruch aus demselben Geschäfte erwachsen ist, welches der Vorklage zu Grunde liegt. Die Juristenfacultät zu Leipzig hat jüngst dieß anerkannt, indem sie eine, auf einen Compensationsanspruch gegründete Wiederklage zurückwies, weil in der Vorklagsache die Ausflucht der Compensation nicht ausdrücklich vorgeschützt worden war. Kommt daher auch die gemeinrechtliche Wiederklage mit der sächsischen in einem Falle, sowohl in Betreff der Form, als hinsichtlich der Wirkungen überein, wie wir dieß oben gesagt haben, so bleibt doch hier noch ein Unterschied, indem das gemeine Recht auch in diesem Falle von der materiellen Connexität absieht und die Ausführung derjenigen Behauptungen, welche einen besondern Klaggrund darbieten, in der Wiederklage auch dann gestattet, wenn gleich diese Behauptungen in dem vorangegangenen Documentenprocesse der Vorklagsache keineswegs als Ausflüchte vorgebracht worden sind.

Als noch einen Unterschied der gemeinrechtlichen und der sächsischen Wiederklage giebt man gewöhnlich an, daß es nach gemeinem Rechte lediglich von der Willkühr des Beklagten abhänge, ob er seine Ansprüche gegen den Kläger mittels der Wiederklage oder mittels besonderer Klage ausführen wolle, während nach sächsischem Rechte der Beklagte zur Wiederklage gezwungen sei [8]). Es ist dieß jedoch durchaus unbegründet, vielmehr stimmt das gemeine

7) S. Mittermaier, der gem. Proceß, Beitrag IV. p. 190., Bayer, a. a. O. p. 108. f.

8) Kori, a. a. O. p. 101.

Recht mit dem sächsischen in diesem Punkte vollkommen überein. Die sächsische Wiederklage und auch die gemeinrechtliche in dem einen Falle, wo sie mit der sächsischen in Form und Wirkung zusammentrifft (s. oben), beruht dann nicht auf der Willkühr des Beklagten, wenn er solche, für den Documentenproceße illiquide materiell connexe Behauptungen geltend machen will, welche keinen besondern Klaggrund darbieten. Bieten sie aber einen solchen dar, so kann der Beklagte von Niemandem genöthigt werden, die Wiederklage anzustellen, vielmehr ist ihm die Wahl unbeschränkt zwischen der Wiederklage und der Separatklage [9]). Dagegen unterscheidet sich das gemeine Recht von dem sächsischen in so fern, als nach jenem der Beklagte seine, mit der Vorklage materiell nicht connexen Ansprüche nach seiner Wahl mit der Wiederklage oder separaten Klage geltend machen kann, nach sächsischem Rechte aber solche Ansprüche blos mit der Separatklage, niemals mit der Wiederklage, zu verfolgen sind.

In der Entscheidung der Vorklagsache wird die Frage, ob der Beklagte wegen seines illiquiden Vorbringens zur Anstellung der Wiederklage oder Separatklage nach seiner Wahl, oder blos zu jener oder dieser berechtigt sei, nur ganz oberflächlich berührt, gemeiniglich mit der Formel: es bleibt aber dem Beklagten, seine fol. vorgebrachten, auf weiterer Erörterung beruhenden Ausflüchte in der Wiederklage oder auch besonders [10]) an- und auszuführen unbenommen. Diese Formel paßt aber blos, wenn das sächsische Recht im Auge behalten wird, für die materiell connexen Ausflüchte, welche auch einen besondern Klaggrund darbieten, und das gemeine Recht gestattet sie in Betreff aller, einen besondern Klaggrund gewährenden Ansprüche, wenn sie auch nicht mit dem Vorklagobjecte materiell connex sind. In Betreff derjenigen materiell connexen Behauptungen des Beklagtem, welche keinen besondern Klaggrund darbieten, kann blos die Formel angewendet werden: es bleibt aber Beklagtem unbenommen, die fol. vorgebrachten, auf weiterer Erörterung beruhenden Behauptungen in der Wiederklage an- und auszuführen. Soll jedoch diese Formel auf einen gemeinrecht-

9) Bayer, ord. Proc. p. 27. sub d., Weiske, Handbuch des Civilprocesses §. 501. not. 5. In dem Archiv für civil. Praxis Bd. II. nr. XVII. p. 211. 215. wird behauptet, die Compensationsausflucht müsse zur besondern Ausführung verwiesen werden.

10) d. h. per separatam actionem.

lichen Fall angewendet werden, so ist dieß blos unter der Voraussetzung thunlich, daß die Vorklage im Documentenprocesse verhandelt worden ist, indem in jedem andern Falle der Beklagte, wenn von ihm die, keinen besondern Klaggrund darbietenden materiell connexen Ausflüchte gar nicht vorgeschützt oder wenigstens nicht ausgeführt worden sind, daran sich versäumt hat. Nach sächsischem Rechte endlich muß, wenn der Beklagte in der Vorklagsache einen nicht materiell connexen Anspruch vorgebracht hat, die Formel angewendet werden: es bleibt aber Beklagtem, den sol. vorgebrachten illiquiden Anspruch mittels besonderer Klage an- und auszuführen unbenommen.

Weil die sächsische Wiederklage eingeführt ist, um den processualischen Vorsprung des Klägers in der Vorklagsache auszugleichen, und weil diese Ausgleichung geschehen kann, auch unerwartet der Anstellung der Vorklage, weil sogar die vor der Vorklage erhobene Wiederklage, wenn sie günstig für den Wiederkläger entschieden wird, die Anstellung der Vorklage ganz oder doch theilweise überflüssig machen kann, so ist dem Beklagten in der That durch die E. P. O. Tit. VI. §. 1. ausdrücklich vergönnt, vor Anstellung der Vorklage die Wiederklage zu erheben und eine Entscheidung sich zu erkämpfen, nach welcher die Vorklage, wollte sie von dem Gegner angestellt werden, für ganz oder doch theilweise unbegründet oder wirkungslos erklärt wird. Das sächsische Recht kennt also die reconventio anticipata, und sie ist ihm eigenthümlich [11]). Unbegründet scheint dagegen die Behauptung, daß der oben angegebene Unterschied zwischen der reconventio directa und indirecta ebenfalls dem sächsischen Rechte eigenthümlich gehöre [12]). Das Wesen dieser Eintheilung findet sich auch in dem gemeinen Rechte, weil nach dem mehrmals Gesagten die gemeinrechtliche Wiederklage eben so, wie die sächsische, benutzt werden kann, um den Ungrund oder die größere oder geringere Wirkungslosigkeit der, im Documentenprocesse verhandelten Vorklage darzuthun.

Wir schließen diese Vergleichungen der gemeinrechtlichen und der sächsischen Wiederklage mit der Bemerkung, daß damit keineswegs eine erschöpfende Darstellung hat geliefert, sondern daß die Practiker auf verschiedene, uns vorgekommene Irrthümer haben aufmerksam gemacht werden sollen.

---

11) S. Griebner, Discurs zur E. P. O. VI. §. 1.
12) Kori, a. a. O. p. 97. f.

XXXVII.

Zur Lehre von dem Aechtheitbeweise der Urkunden.

Wer einer relevanten Urkunde (im sogenannten engern Sinne) als Beweismittel in dem Processe sich bedient (der Producent), hat vorerst die Integrität und die Aechtheit der Form nachzuweisen, und er ist selbst in Betreff der documenta publica nicht ganz frei von dieser Verpflichtung, obwohl in den meisten Fällen, wenn die Formintegrität der documenta publica außer Zweifel ist, die Formächtheit vermuthet wird, und daher mehr die sogenannten documenta quasi publica und die privata unter den Beweis der Formächtheit fallen. Dem Aechtheitnachweise geht die Befragung des Gegners (des Producten) voran, ob er die Aechtheit zugestehe, anerkenne, oder nicht, oder, was die documenta publica betrifft, ob er hinsichtlich der Aechtheit derselben etwas zu erinnern habe oder nicht. Hinsichtlich der documenta quasi publica und privata wird die Erklärung des Producten, die Urkunde für ächt anzuerkennen: recognitio, die Erklärung, sie nicht anzuerkennen: diffessio genannt. Die Erklärung wird dem Producten in Betreff der documenta quasi publica und privata unter Androhung eines Präjudizes abgefordert, was der J. R. A. §. 39. mit den Worten vorschreibt:

> daß Antworter — auch in puncto recognitionis auf des Klägers Erfordern sich der Gebühr recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichem Präjudiz — vernehmen lasse.

Nach sächsischem Rechte ist dieses Präjudiz unbestritten die poena recogniti. S. die E. P. O. Tit. XXV. §. 3. Dasselbe Präjudiz nimmt man im gemeinen Rechte an [1]), obwohl an der

1) Martin, gem. bürg. Proc. §. 213., Glück, Pandectencommentar. Bd. XXII. p. 54., Gensler, im Archive f. c. P. Bd. I. p. 62. not. **., Bd. II. p. 323., Linde, Handbuch §. 287.

14 *

Richtigkeit dieser Annahme sich zweifeln läßt, da der J. R. A. auf das gewöhnliche Präjudiz hinweist, und das gewöhnliche Präjudiz bekanntlich negativa responsio ist, verbunden mit dem Verluste der bereits erwachsenen und bekannten factischen Ausflüchte. Erfolgt die Recognition vere oder ficte, so ist ein Aechtheitbeweis nicht erforderlich. Nur im entgegengesetzten Falle kommt es dazu. Zu Führung desselben sind verschiedene Beweismittel zugelassen, darunter die eidliche Diffession, der Diffessionseid. Das gemeine und sächsische Recht stimmen in so weit vollkommen mit einander überein [2]), nur daß das sächsische Recht (s. die E. P. O. Tit. XXV. §. 5.) die unsichere comparatio literarum in dem Civilprocesse nicht kennt.

Wir befassen uns nicht mit näherer Darstellung dieses Beweises nach Form, Inhalt und Beweismitteln; allein wir wollen die Frage prüfen, ob, wenn der Product zwar, daß er das documentum quasi publicum oder privatum nicht anerkennen könne, erklärt, also die Urkunde diffitirt, nicht aber zugleich zu der Beeidigung dieser Diffession d. h. zu dem Diffessionseide, sich erboten hat, der Aechtheitbeweis und insbesondere der Diffessionseid noch erforderlich sei. Unter den Practikern herrscht ganz allgemein die ihnen gar nicht zweifelhafte Meinung, daß der Product zu Leistung des Diffessionseides sich erbieten und zwar dieß alsbald in Verbindung mit der Erklärung über die Aechtheit der Urkunde thun müsse, wenn nicht die Urkunde für anerkannt geachtet werden solle. Man verlangt, daß der Product ausdrücklich zur eidlichen Diffession der Urkunde sich erbieten soll, und hält allenfalls die Worte: die Urkunde könne jederzeit eidlich abgeleugnet, abgeschworen werden, oder ähnliche für ausreichend [3]). Wir glauben, daß diese Meinung weder nach gemeinem, noch nach sächsischem Rechte sich vertheidigen läßt. Um die Meinung aus dem Gesichtspunkte des gemeinen Rechts zu vertheidigen, bezieht man sich auf obige Stelle des J. R. A., indem in der Alternative, daß der Antworter recognoscendo vel diffitendo sich vernehmen zu lassen habe, die Nothwendigkeit ausgesprochen sein soll, daß der Product ausdrücklich zur eidlichen Diffession, und zwar alsbald bei der Erklärung über die Aechtheit der

---

2) Martin, a. a. O. §. 207., Linde, a. a. O. §. 281. ff., Bayer, ord. Proc. p. 499. f., Heffter, Institutionen, p. 364. ff., Gensler, im Archiv f. c. P. Bd. I. p. 55. ff. Bd. II. p. 318. ff., Gönner, Proc. Bd. II. p. 477. ff.

3) Kori, Theorie des bürg. Proc. §. 113., Weiske, Handbuch rc. §. 333.

Urkunde, sich erbiete. Der J. R. A. spricht jedoch nicht von der eidlichen Diffession, sondern blos von der Diffession, also von der Negirung der Aechtheit der Urkunde, welche allerdings, soll nicht ein Contumaz-Fall eintreten, auf die Befragung über die Aechtheit der Urkunde eben so klar ausgesprochen werden muß, wie das Gegentheil, d. h. die Anerkennung der Aechtheit, wenn der Product sich zu dieser entschließt. In dieser Weise ist es aber längst vor dem Erscheinen des J. R. A. gehalten worden, und derselbe hat nicht etwa etwas Neues, insbesondere nicht den, schon dem ältesten teutschen Gerichtswesen bekannten Diffessionseid erst eingeführt, sondern nur auf das bisher Beobachtete sich bezogen [4]). Gemeinrechtlich ist nun jederzeit der Producent erst dann, wenn der Product die Aechtheit geleugnet hatte, zu dem Aechtheitbeweise, und es ist ihm dabei völlig freie Wahl unter den zuständigen Beweismitteln gelassen worden. Dem Richter ist nie gestattet gewesen, dieser Wahl vorzugreifen, und insbesondere darf er dem Producten nicht eher den Diffessionseid ansinnen, als bis der Producent darauf angetragen hat. Hat der Producent die eine oder andere Art des Aechtheitbeweises gewählt, so verfügt der Richter das Nöthige darauf, er setzt z. B. Termin an zu Ableistung des Diffessionseides; niemals dagegen ist die Erklärung des Producten nöthig, daß er auf die gewählte Art des Beweises eingehe, also z. B. den Diffessionseid zulassen, ihn leisten wolle, und noch weit weniger kann dem Producten eine solche Erklärung unter Androhung eines Präjudizes abgefordert werden. Ganz unstatthaft aber ist eine solche richterliche Verfügung alsdann, wenn der Producent den Aechtheitbeweis anticipirt, also z. B. zugleich mit der Induction der Urkunde die Recognition oder eidliche Diffession verlangt hat, weil der Gegner des Beweisführers niemals auf die Anticipirung eines Beweises einzugehen genöthigt werden kann. Der Richter kann daher dem Producten nur freistellen, auf die Anticipation des Aechtheitbeweises einzugehen.

Es sind dieß die gemeinrechtlichen Gründe, weshalb der Product, wie auch Martin a. a. O. §. 214. not. e. andeutet, zu dem Diffessionseid sich nicht zu erbieten braucht, weniger noch durch Androhung eines Präjudizes dazu gezwungen werden kann.

---

4) S. Glück, a. a. O. p. 41. ff., Bayer, a. a. O. p. 499.

Die sächsischen Practiker halten das Gegentheil hiervon um so fester, da nach sächsischem Rechte präsumirt wird, daß der Producent, Falls der Product die Aechtheit der Urkunde nicht anerkennen würde, den Aechtheitbeweis durch den Diffessionseid führen wolle, und daher der Richter, wenn der Aechtheitbeweis nöthig wird, unerwartet eines besondern Antrags zur Abnahme des Diffessionseides verschreiten und deshalb Schwörungstermin anberaumen kann, da ferner in der E. P. O. Tit. XXV. §. 4. mit den Worten:

> Würde hingegen Product — in termino zur eidlichen Diffession, als welche unter der injungirten Recognition, denen Rechten nach, mit zu verstehen, — sich anerbieten, soll er hierzu — admittiret werden,

nicht blos die Diffession, sondern die eidliche Diffession als ein sich von selbst verstehender Theil der richterlichen Recognitionsauflage angesehen zu werden scheint und von dem Erbieten zur eidlichen Diffession in dem Termine gesprochen wird. Allein diese sächsischrechtlichen Gründe sind nicht stichhaltig. Aus der Präsumtion, daß der Producent den Aechtheitbeweis durch den Diffessionseid führen wolle, folgt noch nicht, daß der Product auf diesen Beweis eher einzugehen und sich zu erklären genöthigt werden könnte, bevor der Zeitpunkt vorhanden ist, wo der Beweis nöthig wird. Noch weniger folgt daraus, daß er unter Androhung eines Präjudizes dazu genöthigt werden könnte. Auch die gedachte Stelle der E. P. O. ändert hieran nichts. Hätte der Gesetzgeber anordnen wollen, daß die richterliche Verfügung an den Producten, die Urkunde zu recognosciren, stillschweigend demselben für den Fall, daß er die Aechtheit läugne, das Erbieten zur eidlichen Diffession sub poena recogniti auflege, so würde er dieß, als eine ganz singulaire Abweichung von dem gemeinen Rechte und der Philosophie des Processes, ohne Zweifel klar und deutlich gesagt haben. Es ist dieß aber so wenig geschehen, daß auch nicht ein einziges Wort in der Stelle vorhanden ist, welches die Annahme, daß der Gesetzgeber eine Bestimmung der gedachten Art habe treffen wollen, rechtfertigen könnte. Zwar ist darin von dem Falle gesprochen, daß der Product zur eidlichen Diffession sich erbiete; allein aus dem Erbieten folgt nicht die Verpflichtung dazu, und noch weit weniger die Nothwendigkeit eines Präjudizes für den Fall, daß das Erbieten unterbleibe. Das Wort: eidlich, auf welches besonders die Anhänger der gewöhn-

lichen Meinung sich zu stützen scheinen, involvirt eine solche Verbindlichkeit ebenfalls nicht; es kann in seiner Verbindung mit der Diffession nur die Bedeutung haben, daß die Diffession eidlich geleistet werden müsse. Fehlt es sonach in der gedachten Stelle durchaus an einem Anhalte zu der Meinung, daß der Gesetzgeber eine, von dem gemeinen Rechte abweichende Bestimmung habe treffen wollen, so findet sich obenein in den Worten der Stelle: den Rechten nach ein Anerkenntniß des gemeinen Rechts, und hiermit die Erklärung des Gesetzgebers, daß er von dem gemeinen Rechte nicht abgewichen wissen wolle. Die Stelle muß daher so verstanden werden: Legt der Richter dem Producten die Recognition einer Urkunde **sub poena recogniti** auf, so ist damit keineswegs der Product zur Anerkennung der Aechtheit gezwungen, vielmehr ist ihm stillschweigend auch das Leugnen der Aechtheit d. h. die Diffession nachgelassen, welche nachmals eidlich bestärkt werden muß.

Wenn demnach der Product mit Bestimmtheit sich erklärt hat, daß er die Aechtheit der ihm vorgelegten Urkunde leugne, so ist von seiner Seite alles geschehen, was der Gegner und der Richter von ihm verlangen konnte. Der Richter weiß, daß es bei der nackten Diffession nicht bewenden kann, er wird auch unerinnert die nöthige Verfügung treffen, damit die Diffession eidlich bestärkt werde. Der Product muß seine Diffession durch den Eid bekräftigen, er mag sich dazu erbieten oder nicht.

XXXVIII.

Zur Lehre von der Recognition der Urkunden.

Die Recognitions- und Beweisfähigkeit der Urkunden (im sogenannten engern Sinne) hängt hauptsächlich davon mit ab, daß sie selbst ihren Verfasser authentisch anzeigen. Eine Schrift, welche diese Angabe nicht enthält, verdient nicht einmal den Namen einer Urkunde, wird auch processualisch gar nicht als eine Urkunde behandelt, und insbesondere nicht dem Producten zur Erklärung über deren Aechtheit mitgetheilt. Es gilt dieß von den öffentlichen, wie von den sogenannten quasi öffentlichen und von den Privaturkunden [1]).

Diese Angabe des Autors besteht in der Regel in der Zeichnung des Namens des Verfassers am Fuße der Schrift, und sie wird daher gemeiniglich die Unterschrift genannt. Bei der Recognition der documenta quasi publica und privata kommt es zunächst auf die Unterschrift an, dergestalt daß derjenige, welcher die Unterschrift einer Urkunde anerkannt hat, nur ausnahmweise in einzelnen Fällen zur eidlichen Diffession des Inhalts der Urkunde, der contenta derselben, gelassen werden kann [2]). Dieß alles deshalb, weil die Unterschrift die Vermuthung giebt, daß der Verfasser den Inhalt der Urkunde kenne und ihn genehmigt habe. Es ist interessant zu untersuchen, wie weit diese Vermuthung räumlich sich erstreckt. Man betrachtet die Unterschrift als den Abschluß desjenigen Inhalts der Urkunde, welcher von dem Verfasser der Unterschrift

---

1) Vergl. Gensler, Archiv f. c. P. Bd. I. p. 62. not. ***. und Bd. II. p. 322.

2) S. Glück, Pandectencomm. Th. XXII. p. 51. ff., Gönner, Proc. Bd. II. p. 472. ff. Nach sächsischem Rechte ist die diffessio contentorum überhaupt nur im ordentlichen Processe gestattet. E. P. O. Tit. XXV. §. 6. Anhang zur E. P. O. §. 9.

genehmigt wird. Es zweifelt daher auch Niemand, daß der ganze, vor der Unterschrift stehende Inhalt der Urkunde unter jene Vermuthung falle. Ob aber alsdann irgend ein Theil der Urkunde von der Vermuthung betroffen werde, und welcher Theil es sei, wenn der Name des angeblichen Verfassers der Urkunde nicht am Schlusse derselben, sondern in der Mitte, am Anfange oder zur Seite befindlich ist: das dürfte so ganz zweifellos keineswegs sein. Die Thatsache, daß ein in einer Urkunde vorkommender Name dem Verfasser der Urkunde angehöre, ist entweder ausdrücklich in dieser bestätigt oder sie ergiebt sich aus den Beziehungen des Namens zu dem Inhalte der Urkunde. Eine solche Beziehung ist z. B. die Abschließung des ganzen tenor einer Urkunde durch die Unterzeichnung, und man erachtet daher, wie oben schon gesagt ist, den unterschriebenen Namen für den des Verfassers der ganzen Urkunde. Ist der Name, über dessen Eigenschaft es sich fragt, an einer solchen Stelle der Urkunde angebracht, daß oberhalb desselben nicht ein Theil der Urkunde sich befindet, z. B. am Anfange oder zur Seite, und es ist demselben nicht ausdrücklich die Versicherung von dem Inhaber des Namens beigefügt, daß er der Verfasser der Urkunde sei, z. B. mit den Worten: das nebenbefindliche Schuldbekenntniß habe ich ausgestellt, Johann Gottfried Winkler; so kann ein solcher Name in der Eigenschaft als der des Verfassers der Urkunde, und folglich auch die ganze Urkunde, keineswegs der Recognition fähig sein. Dasselbe findet alsdann statt, wenn der Name ohne nähere Bezeichnung und ohne Zusammenhang mit den oberhalb oder unterhalb befindlichen Worten zwischen ein paar Zeilen gebracht ist (scriptio interlinearis). Ist der zum Anfange oder in der Mitte der Urkunde vorkommende Name in eine Periode derselben so untrennbar verwebt, daß bei dessen Wegfalle der Name des Verfassers dieser Periode aus der Urkunde sich nicht ergeben würde, so ist die Urkunde, wenn sie auch sonst einen Verfasser nicht anzeigen würde, wenigstens in Betreff dieser Periode der Recognition fähig. Hat die Periode jedoch angehängte Sätze, so fallen diese nicht mit unter die Recognition, weil die Stellung des Namens des Verfassers dafür keine Garantie giebt, daß derselbe auch mit diesen Anhängseln bekannt gewesen sei und sie genehmigt habe. Uns ist folgende Urkunde vorgekommen: „Johann Gottfried Winkler hat mir bereits vor vier Wochen 50 Thlr. —. dargeliehen. Auch bekenne ich, Johann David Richter, mit der Erklärung, beide Kapitale, nach ein=

vierteljähriger, jedem Theile freistehender Aufkündigung zurückzuzahlen, daß er mir heute noch, am 1. Mai 1836, anderweit 50 Thlr. — vorgeschoßen hat, und will ich diese Kapitale bis zur Rückzahlung alljährlich nach fünf vom Hundert verzinsen." Hier bilden die Worte: „Auch bekenne ich" bis: „vorgeschoßen hat" eine Periode, als deren Verfasser der in selbiger genannte Johann David Richter anzusehen ist. Diese Periode ist daher recognitionsfähig. Zugleich ist dieß aber auch der vorhergehende, wenn schon für sich abgeschlossene Satz, und zwar, weil er Bestätigung durch jene Periode erhält, so daß Richter als Verfasser auch dieses Satzes erscheint. Dagegen fällt der letzte Satz von den Worten: „und will ich" bis: „verzinsen" nicht unter die Recognition, weil in der ganzen Niederschrift keine Garantie dafür zu finden ist, daß Richter auch diesen Satz gekannt und genehmigt habe.

Wir haben bis jetzt den Fall vor Augen gehabt, wo eine im Singulare gefaßte Urkunde auch den Namen blos eines Verfassers enthält oder eine im Plurale gefaßte Urkunde wirklich mehrere Verfasser nennt. Nicht selten aber kommt der Fall vor, daß in der Urkunde der Verfasser von sich im Singulare spricht, z. B. Ich, Endesunterschriebener, bekenne hiermit, daß ꝛc., und daß nichts desto weniger mehrere Unterschriften unter derselben sich befinden. Hier ist so zu unterscheiden. Stehen die Unterschriften hinter einander, so muß derjenige, dessen Name die erste Stelle einnimmt, als Verfasser der Urkunde angesehen, und es müssen die Nachstehenden als Zeugen behandelt werden, weil sich nicht annehmen läßt, daß der zuerst Geschriebene blos zufällig und nicht vielmehr in Hinsicht darauf die erste Stelle eingenommen habe, daß er eben diejenige einzelne Person sei, welche in der Urkunde spricht. Nur dann ist eine Zufälligkeit in der Reihefolge der Unterschriften zu vermuthen, wenn die in der Urkunde sprechende einzelne Person andern Geschlechts ist, als die zuerst unterschriebene. Hier muß diejenige der hinter einander unterschriebenen mehreren Personen für den Verfasser der Urkunde gehalten werden, welche die erste des in der Urkunde gedachten Geschlechts ist. Es lautet z. B. die Urkunde auf ein, von einer Frau ausgestelltes Schuldbekenntniß, es sind mehrere Personen unterzeichnet, zuerst ein Mann A., dann eine Frau B. und hierauf wieder eine Frau C. Hier wird die Frau B. als die Schuldnerin angesehen werden müssen. Stehen die mehrern Unterschriften einer im Singulare gefaßten Urkunde nicht hinter, sondern

neben einander, so kommt es darauf an, ob das in der Urkunde angegebene Geschlecht des Verfassers blos bei dem einen der Unterschriebenen sich findet, welcher dann auch für den Verfasser gehalten werden muß. Ist das Verhältniß zwischen dem Inhalte der Urkunde und den neben einander stehenden Unterschriften ein anderes, so läßt sich gar nicht aus der Urkunde allein die Autorschaft derselben erkennen, und sie muß auf andere Weise, als aus der Urkunde selbst, dargethan werden, während jedoch immer die Urkunde recognitionsfähig ist, weil sie, wenn ermittelt worden ist, welcher der mehrern Unterschriebenen der Verfasser sei, auch Beweis liefern kann. Ist eine Urkunde im Plurale gefaßt, jedoch blos von einer Person unterzeichnet, so muß der Unterzeichnete den vollen Inhalt der Urkunde wider sich gelten lassen, wenn es um die Erfüllung einer untheilbaren Verpflichtung sich handelt, oder aus dem Contexte der Urkunde sich ergiebt, daß der Unterschriebene des pluralis majestaticus sich bedient hat. In jedem andern Fall muß der Unterschriebene die Urkunde nach demjenigen Antheile der Verbindlichkeit, welcher aus der Urkunde erkannt werden kann, oder wenn dieser Antheil sich nicht klar erkennen läßt, nach der Hälfte wider sich gelten lassen.

XXXIX.

Zur Lehre von den klagbaren Zinsen.

Bekanntlich sind die Schriftsteller des gemeinen Rechts lange Zeit und viel mit der Controverse über den teutschrechtlichen Zinsfuß und den Begriff des Zinswuchers beschäftigt gewesen. Die Meinungen waren sehr verschieden. Einige erklärten die Festsetzung des Zinsfußes in den, hierher gehörigen teutschen Reichsgesetzen, nämlich in dem Dep. Absch. v. 1600. §. 139. und J. R. A. §. 174., auf fünf vom Hundert entweder für gar keine gesetzliche Disposition, sondern nur für eine Erläuterung der gegebenen Beispiele von wucherlichen Verträgen, oder für eine blos transitorische Bestimmung in Bezug auf die, in einer gewissen Zeit, nämlich während des dreißigjährigen Kriegs, contrahirten Schulden, leugneten die Existenz einer allgemein giltigen teutschrechtlichen Bestimmung des Zinsfußes, gingen daher zurück auf die römischrechtlichen Festsetzungen von vier, sechs, acht und beziehentlich zwölf Procent, behaupteten, daß von Jedermann noch der sechste Zinsthaler ausbedungen und gefordert werden könne, und erklärten erst die Stipulation und die Annahme von höhern Zinsen, als sechs vom Hundert, für Zinswucher. Andere glaubten, daß die reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Zinsfuß, wenn sie auch nicht allgemeiner Art seien, dennoch analogisch angewendet werden müßten, obgleich die Ueberschreitung derselben noch nicht für strafbar erachtet werden könne, und sie nahmen daher an, daß fünf und sechs vom Hundert genommen werden könnten, die Einklagung des sechsten Zinsthalers jedoch unzulässig sei. Andere gestatteten den Kaufleuten, Andere den Juden die Annahme und auch die Einklagung des sechsten Zinsthalers. Andere wieder erklärten die Bestimmung des Zinsfußes auf fünf vom Hundert für eine, im Allgemeinen zu beobach-

tende, gestatteten die Rückforderung des sechsten Zinsthalers, ließen aber die Strafe des Zinswuchers bei der Stipulation und Annahme des sechsten Zinsthalers noch nicht eintreten. Noch Andere endlich erkennen die Norm der fünf vom Hundert für eine unbedingt und ganz allgemein giltige, und unterwerfen die Stipulation und die Annahme des sechsten Zinsthalers criminalrechtlicher Beurtheilung. Man vergleiche hierüber Glück, Pandectencommentar, Th. XXI. p. 134. ff., Schweppe, römisches Privatrecht, §. 193ᵃ. ff., Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, 3te Ausg. §. 109., Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2te Aufl. §. 548., Heffter, Lehrb. des gemeinen teutschen Criminalrechts, Halle, 1833., p. 491. f., Wächter, Lehrb. des römisch-teutschen Strafrechts, Stuttgart 1825., Th. II. §. 246. not. 99., wo auch die reiche Literatur über diese Controverse verzeichnet ist. Die letztere Ansicht scheint die richtigere zu sein, da wenn auch die reichsgesetzlichen Bestimmungen der fünf vom Hundert keine allgemein giltigen genannt werden können, dennoch die historischen Nachforschungen ergeben haben, daß die Gerichte immer mehr an den fünf vom Hundert der Reichsgesetze, als an dem römischen Zinsfuße gehalten haben, da ferner es unnatürlich sein würde, höhere Zinsen zuzulassen, als die Renten, welche bekanntlich fünf vom Hundert nicht übersteigen durften, da endlich zwar der Gerichtsbrauch die Stipulation und die Annahme des sechsten Zinsthalers bisweilen nicht strafbar gefunden hat, derselbe jedoch niemals allgemein gewesen ist, und es inconsequent ist, das Nehmen des sechsten Zinsthalers zum unerlaubten Wucher zu zählen, hierbei jedoch die Strafe des Wuchers nicht anwenden zu wollen.

Wir halten demnach dafür, daß gemeinrechtlich die usurae legales, morae und rei judicatae den Betrag von fünf vom Hundert nicht übersteigen dürfen, daß eben so Niemandem die Stipulation und Annahme höherer Zinsen, als fünf vom Hundert, gestattet sei, und daß schon der sechste Zinsthaler unter den Begriff des Zinswuchers falle. Dem Zinsfuße der fünf vom Hundert ist Jedermann unterworfen, auch die Kaufleute und die Juden. Eben so giebt es keine einzige Art von Geschäften, und keinen einzigen Fall, wo höhere Zinsen gestattet wären. Das gemeine Recht kennt nicht die in einigen Particulargesetzgebungen zugelassenen höhern Zinsen bei Wechselgeschäften und bei Darlehnen auf kurze Zeit. Die Prämien bei den Assecuranzen und die jährlichen Zahlungen

bei dem Leibrentencontracte, welche allerdings höher sein können, als fünf vom Hundert, sind keine eigentlichen Zinsen [1]). Was der Gläubiger bei dem Bodmereivertrage, dem foenus nauticum und dem Grosaventurvertrage in der Form von Zinsen sich versprechen läßt, ist in der That auch kein wahrer Zins, sondern eine Prämie für die Uebernahme der Gefahr [2]).

Der Schade endlich, welchen der Gläubiger über den Betrag von fünf Procent durch den Verzug des Schuldners erleidet, ist ebenfalls nicht unter den Begriff der Zinsen zu bringen.

Bereits bezahlte übermäßige Zinsen, also schon der sechste Zinsthaler, können selbst nach erfolgter Rückzahlung des Capitals, besonders zurückgefordert werden [3]).

Dieß das gemeine Recht. Es fragt sich, wie weit das sächsische Recht damit übereinstimmt. Wir haben hier eine lange Reihe gesetzlicher Bestimmungen, allgemeinerer Geltung.

In dem Ausschreiben vom 12. Nov. 1550, Tit. von den Wucherern (C. A. I. p. 30.) heißt es:

> Wir wollen auch hinförder den Wucherern, die jährlich über fünf Gulden von einem Hundert nehmen, unserm vorigen Ausschreiben nach [4]) innerhalb unsrer Lande zu dem Wuchergeld nicht helfen.

Dasselbe ist in dem Ausschreiben vom 1. Octbr. 1555. Tit. vom Wucher (C. A. I. p. 43. ff.) wörtlich wiederholt. In der const. XXX. p. II., wie und auf was Meinung das interesse post moram zu erkennen ist (C. A. I. p. 95.), wird im Eingange gesagt, daß nach der Meinung Einiger die Kaufleute fünf Procent Verzugzinsen fordern können, ohne daß es des Nachweises eines so hohen Schadens bedürfe, und daß ein solcher Nachweis nur dann, wenn mehr als fünf vom Hundert gefordert würden, nöthig sei, nach der Meinung Anderer aber die Kaufleute jedenfalls den, ihnen aus dem Verzuge des Schuldners erwachsenen Schaden zu liquidiren und nachzuweisen, und darauf die Richter, ob der Schade auf

1) Curtius, sächs. Recht. §. 1178.

2) Deren Größe übrigens nach Maaßgabe der Gefahr durch Uebereinkunft der Parteien bestimmt werden kann, und keineswegs auf zwölf vom Hundert, wie das römische Recht bei dem foenus nauticum sie festsetzte, beschränkt ist. S. Eichhorn, a. a. O. §. 116., Curtius, a. a. O. §. 1178., Tittmann, a. a. O. §. 550.

3) Gottschalk, disc. for. T. III. c. 32. p. 437. ff.

4) v. 13. Juli 1543. (C. A. I. p. 23. ff.), welches das Ausgeben und Annehmen verbotener Münzen bestraft.

fünf vom Hundert oder mehr zu moderiren sei, zu bestimmen haben. Hierauf folgt die Bestimmung,

> daß in allen Fällen und Personen, Kaufleuten und Andern, ohne Unterscheid das interesse selbst und zum wenigsten per circumstantias probiret und liquidiret, auch alsdann erst darauf Moderation erkannt werden solle;

und alsdann werden die Zinsen unbezahlter Kaufgelder auf fünf vom Hundert festgesetzt.

Damit steht der, in dem Codex Augusteus nicht zu findende Befehl vom 9. Juni 1572. in Verbindung, nach welchem

> in geliehenem Gelde fünf Fl. zugesagter Zinsen von hundert Fl. Hauptsummen sollen erkannt werden;

und das Torgauische Ausschreiben vom 8. Mai 1583. (C. A. I. p. 143. f.), wo gesagt ist:

> — haben unsere hochlöbliche Vorfahren solche Zinsreichung auf fünfe gemäßiget, und darauf nachgelassen, daß man von ausgeliehenem Gelde jährlich fünfe vom Hundert Zinse, ohne gefähr einiger Strafe, geben und nehmen möge;

ferner:

> — lassen — geschehen, daß man hinführo in unsern Landen nicht allein fünf vom Hundert nehmen — sondern daß man auch — auf solche Zinsen (und nicht darüber) rechtlich sprechen (solle). Desgleichen da dieselben Zinsen nicht verschrieben, und es wollte sich der Gläubiger viel lieber mit fünfen begnügen lassen, dann wegen seines Interesse eines andern Beweises anmaaßen, daß man alsdann auch a tempore morae fünfe aufs Hundert anstatt des Interesse denen Gläubigern zusprechen möge; sonsten aber, da der Gläubiger des Interesse halber sonderlich Beweis fürnehmen wollte, lassen wir es bei unserer jüngsten ausgegangenen Constitution [5]) dießfalls bewenden.

In dem Mandate wegen wucherlicher Contracte und ohnzulässiger Cessionen vom 21. Octbr. 1609. (C. A. I. p. 1055. ff.) wird, unter Hinweis auf die frühern Bestimmungen über den Zinsfuß und die stete Anwendung derselben, so wie anderseits auf die oftmals entgegengesetzt ausgefallenen Erkenntnisse, verordnet,

> daß man — durchaus fünfe aufs Hundert erkennen möge.

---

5) Nämlich die oben gedachte Constit. XXX. p. II.

In dem Mandate vom 30. Aug. 1671. (C. A. I. p. 815. f. und in dem Decisivbefehle vom 30. Aug. 1671. (C. A. II. p. 1637. ff.) wird entschieden, daß künftig die Kapitalien, so von den piis causis ausgeliehen sind, nur mit fünf Proc. verzinst werden sollen, wogegen die milden Stiftungen von allen andern Forderungen sechs Proc. nehmen können.

In dem Mandate vom 12. Juli 1702. (C. A. II. p. 2069. ff.) heißt es:

— haben wir — vor gut befunden, unsere und unserer glorwürdigsten Vorfahren ausgegangene Verordnungen und Mandaten wegen derer ordentlichen Zinsen fünfe vom Hundert, wie auch Bestrafung des Wuchers, dahin zu erklären, daß solche keinesweges, weder de praeterito, noch futuro auf die Handlungs- und Wechselnegocien, ingleichen auf die Darlehn zu unserm selbsteigenen Bedürfniß, wie auch vor die Kriegscasse und Landschaftsverwilligungen zu ziehen, sondern es soll unter Handelsleuten, auch andern, die mit oder auf Wechsel handeln oder Wechselbriefe ausstellen oder auch zu unserm Bedürfniß und vor die Kriegscasse und Landschaft Vorschüsse thun, ohne Unterscheid, weß Standes sie sind, das verglichene Interesse und Agio redlich bezahlt, nicht vor strafbar, als ob sie usurariam pravitatem begangen, geachtet — werden; jedoch daß das Interesse zu unserm selbsteignen Bedürfniß, vor die Kriegscasse und die Landschaft nicht über 12. pro cent., — in Handlungs- und Wechselsachen unter Kaufleuten, nicht über 10 pro cent., unter andern aber in Wechselsachen nicht über 8 pro cent. und in dem Falle, wenn der Schuldener gerichtliche Verpfändung auf unbewegliche Güter verschaffe, mehr nicht, als sonst landüblich, nämlich auf 5 pro cent. ansteige, — wie nicht weniger, daß von denen Handelsleuten von denen vor verkaufte Waaren rückständigen Schulden über das landübliche Interesse 5 von 100 nicht gefordert werde.

Schon durch das Mandat vom 10. März 1704. (C. A. II. p. 2075. f.) ward jedoch das Mandat vom 12. Juli 1702. wieder aufgehoben und bestimmt,

daß hinführo bei denen Darlehnen, so vor uns und unsere Kriegscassa aufzunehmen, ingleichen in Wechselsachen, und zwar sowohl unter denen, so der Handlung nicht zugethan, als unter Kaufleuten, der Zins höher nicht, als bis 6 vom Hundert —

ansteigen, in allen übrigen Handlungen und Contracten aber es schlechter Dinge bei 5 vom Hundert verbleiben, insonderheit die Handelsleute von denen vor verkaufte Waaren rückständigen Schulden ein mehrers zu fordern nicht befugt —. Wir lassen aber gleichwohl geschehen, daß, wann nur auf wenig Tage oder Wochen Geld abgegeben wird, an Zinsen etwas mehrers, als das übliche jährlich gerechnete Interesse austrägt, stipuliret und verglichen — werden möge.

In dem Bankeroutirmandate vom 7. Januar 1724. (C. A. I. p. 2373. ff.) §. 2. wird erklärt, nachdem einige criminalrechtliche Bestimmungen über wucherliche Contracte getroffen worden sind, daß

dieses alles auf den Fall, da einer nur 6 pro cent von dem Schuldner genommen, nicht zu verstehen. Denn, wie dergleichen Zinsen in Wechselschulden, ohnedem nach unserm Mandat vom 19. Mart. 1704. allerdings zulässig; Also soll in andern Fällen, und da 6 pro cent zu nehmen sonst verboten, gleichwohl, wenn darwieder gehandelt wird, nicht nach der Schärfe dieser und anderer unserer wider die Wucherer ergangenen Mandate verfahren, sondern der 6te Thaler vom Capital abgezogen, und hierüber der creditor, so solchen genommen, um so viel, als das zur Ungebühr erhaltene Quantum beträgt, jedesmal bestraft werden. Gestalt denn auch, wenn mehr als 6 pro cent an Zinsen verschrieben, jedoch nicht würklich erhoben, noch darüber neue obligationes oder Wechselbriefe ausgestellet worden, vorermeldeten ordentlichen Strafen zwar nicht statt haben, nichts destoweniger aber der Gläubiger in poenam quadrupli wegen dessen, so er sich zur Ungebühr stipuliret, verfallen sein soll.

In dem Mandate vom 26. Aug. 1732. (C. A. C. I. p. 1. p. 295. ff.) ist verordnet, daß die Termingelder der, nothwendiger Weise subhastirten Grundstücken mit fünf vom Hundert verzinst werden sollen.

In dem Rescripte vom 17. April 1747. (C. A. C. I. p. 1. p. 1131. f.) wird entschieden,

daß wenn über einer Schuld ein Wechsel ausgestellet, jedoch auch mehrerer Sicherheit halber dem Darleiher ein unbewegliches Grundstück zum Unterpfand verschrieben, und in die Hypothek — Consens erlanget worden, der creditor den nach dem Mandate

vom 19. Mart. 1704. erlaubten sechsten Zinsthaler füglich nehmen könne, und oberwehntes Mandat wider die Banqueroutierer hierauf keineswegs zu erstrecken sei.

In dem Bankeroutiermandate v. 20. Dec. 1766. §. 2. (C. A. C. I. p. 2. p. 924.) wird, nachdem auf die frühern Bestimmungen,

daß niemand, von ausgeliehenen Capitalien und auf Credit gegebenen Waaren, außer was den sechsten Zinsthaler bei Wechseln betrifft, ein mehrers als fünf vom Hundert landüblich zu fordern berechtigt sein soll,

Bezug genommen worden ist, so fortgefahren:

dafern aber einer, außer bei Wechselverschreibungen, 6 pro cent von dem Schuldner genommen, so soll der jedesmal zu viel erhobene sechste Zinsthaler vom Capital abgezogen, und hierüber der creditor um das quadruplum desjenigen, so er zur Ungebühr erhalten, bestrafet werden, auch in dem Fall, wenn der sechste Zinsthaler nur verschrieben, jedoch würklich nicht erhoben, noch darüber unzulässige obligationes oder Wechselbriefe ausgestellet worden, der Gläubiger wegen dessen, so er sich zur Ungebühr stipuliret, ebenfalls in poenam quadrupli verfallen sein; dahingegen bei denen auf mehrere Zinsen gerichteten Verschreibungen, diese — hiermit schlechterdings vor null und nichtig erkläret werden, dergestalt daß der creditor daraus etwas zu fordern nicht befugt und keine Execution darauf verfügt werden — soll.

Nun kommt die Bestimmung der Wucherstrafen, welchen nicht blos der Gläubiger, sondern auch der Schuldner und der Cessionar, wenn er von dem Wucher Kenntniß gehabt hat, verfallen.

In der sächsischen Lausitz waren nach Kaiser Rudolfs Polizeiordn. v. 18. Mai 1582. Tit. vom Wucher (Collectionswerk Th. I. p. 374.) sechs vom Hundert zulässig; später wurde der in dem J. R. A. bestimmte Zinsfuß der fünf vom Hundert angenommen, (C. W. Th. II. p. 347.); und in den Bank. Mandaten vom 5. Juni 1726. §. II. (C. W. Th. I. p. 363.) und vom 2. Aug. 1783. (C. W. Th. IV. p. 4.) wurden die Bestimmungen der erbländischen Bankeroutiermandate aufgenommen.

Endlich ist in art. 293. und 294. des Strafgesetzbuches bestimmt, daß wer wegen einer aus einem Darlehns- oder andern

Contracte herrührenden Forderung von dem Schuldner höhere, als die gesetzlich gestatteten Zinsen sich versprechen oder leisten läßt, um den zehnfachen Betrag des zu viel Bedungenen oder Erhobenen bestraft werden soll. Nach art. 301. leiden aber diese Bestimmungen, so wie überhaupt alle Strafbestimmungen wegen des Wuchers, auf eigentlich kaufmännische, diesem Gewerbsbetriebe eigenthümliche Geschäfte keine Anwendung.

Wir bedauern, daß es unserm Zwecke fern liegt, eine Geschichte dieser Gesetzgebung zu geben, welche sicher von hohem Interesse sein würde, wie schon die, den ältern Gesetzen einverleibten Gründe an die Hand geben.

Hier kann uns nur daran gelegen sein, das bestehende Recht aus den vorhandenen mehrern gesetzlichen Bestimmungen und aus dem Gerichtsbrauche zu ermitteln.

Der landübliche Zinsfuß in Sachsen ist der zu fünf vom Hundert, sowohl für die versprochenen, als für die gesetzlichen Zinsen und die des Verzugs, auch die usurae rei judicatae. Behauptet der Gläubiger, daß er durch den Verzug des Schuldners einen, diese Zinsenhöhe übersteigenden Schaden erlitten habe, lucrum cessans oder damnum emergens, gleichviel, so wird er, mit Ausnahme des einzigen Falls, daß die Forderung ein Rückstand vom Kaufpreise verkaufter Grundstücken ist, wo nur fünf vom Hundert gefordert werden können [6]), zum Beweise hierüber gelassen. Um die Verzugzinsen der fünf vom Hundert zu fordern, bedarf es nicht noch eines Schädenbeweises; und selbst in dem Falle, wo der Gläubiger geringere Zinsen sich bedungen hatte, können vom Verzuge des Schuldners an fünf vom Hundert gefordert werden. Der sechste Zinsthaler kann bedungen und genommen werden

1) von Wechselschulden, sie mögen sich herschreiben aus wirklichen Wechselbriefen oder aus bloßen Verschreibungen nach Wechselrecht [7]), sie mögen noch besonders durch Pfand gesichert sein oder nicht; und der Gläubiger mag ein Kaufmann sein oder nicht;

2) von Darlehnen, welche nur auf eine ganz kurze Zeit d. h. nach der Praxis auf einige Wochen oder Monate ausgeliehen sind [8]);

---

6) S. Haubold, sächs. Privatr. §. 270.

7) Haubold, a. a. O. §. 269 b. not. b. S. dagegen Curtius, a. a. O. §. 1178.

8) Haubold, a. a. O. §. 269 b. Zusatz 2., Hommel, rhaps. obs. 603. n. 2., Tittmann, a. a. O. §. 550.

3) von Darlehnen, welche an den Landesherrn oder den Staat ausgeliehen sind [9]), und

4) von den Forderungen der milden Stiftungen, welche nicht aus einem Darlehne sich herschreiben [10]).

Die Prämien bei den Assecuranzen, die jährlichen Zahlungen bei dem Leibrentencontracte, auch was der Gläubiger bei dem Bodmereivertrage, dem foenus nauticum und dem Grosaventurvertrage in der Form von Zinsen sich versprechen läßt, können den landüblichen Zinsfuß übersteigen, weil sie keine wahren Zinsen sind, ohne auf die aus dem römischen Rechte entsprungenen zwölf vom Hundert bei dem foenus nauticum beschränkt zu sein [11]). Das sächsische Recht weicht also in diesen Beziehungen nicht von dem gemeinen ab. Dasselbe ist in Betreff der Rückforderung bereits gezahlter Zinsen der Fall [12]).

Auch die Juden dürfen nicht höhere Zinsen sich versprechen lassen und nehmen.

Es fragt sich dagegen, ob nicht den Kaufleuten gestattet sei, bei kaufmännischen Geschäften, wenn auch nicht der Wechselnexus dabei concurrirt, den sechsten Zinsthaler und einen noch höhern sich versprechen zu lassen und anzunehmen, auch den versprochenen einzuklagen. Das Appellationsgericht zu Dresden hat in einer, jüngst uns zur Ansicht gekommenen Sache die Frage verneint, indem es folgende Gründe angab: „Die Gesetze, welche außer dem Falle ausdrücklichen Versprechens in einem Wechsel mehr, als fünf Procent Zinsen zu nehmen verbieten, sind bekannt, und die Meinung, daß sie auf kaufmännische Geschäfte nicht anwendbar seien, beruht nicht auf dem mindesten gesetzlichen Grunde. Vielmehr ist bekanntlich das, eine solche Ausnahme enthaltende Mandat vom 12. Juli 1702. schon im Jahre 1704. durch ein anderes vom 10. März d. J. ausdrücklich aufgehoben und namentlich ausgesprochen worden, daß in allen übrigen Handlungen und Contracten (außer den zinsbaren Wechseln) es schlechterdings bei fünfen von Hundert verbleiben, insonderheit die Handelsleute von denen vor verkaufte Waaren rückständigen Schulden ein Mehreres zu fordern nicht be-

9) Haubold, a. a. O. §. 2696.

10) Haubold, das.

11) S. Curtins, a. a. O. §. 1178., Tittmann, a. a. O. §. 550.

12) Gottschalk, l. l.

fugt sein sollen, welche Verfügung bekanntlich durch das Banker. Mand. v. 20. Dec. 1766. §. 2. wiederholt und mit Pönalsanction versehen worden ist."

Dabei wurde noch ausgesprochen, daß der aus kaufmännischen Geschäften gezahlte sechste Zinsthaler eben so, wie in andern Fällen die gezahlten übermäßigen Zinsen, zurückgefordert werden könne. Diese Ansicht scheint jedoch dem heutigen sächsischen Rechte nicht zu entsprechen. Entweder nämlich ist die Ausbedingung und die Annahme des sechsten Zinsthalers und noch höherer Zinsen eine strafbare Handlung oder nicht. In dem letztern Falle fehlt es an jedem rechtlichen Grunde, die Ausbedingung und Annahme höherer Zinsen nicht für ein vollkommen wirksames Rechtsgeschäft zu halten, aus welchem auf Erfüllung geklagt und das Empfangene behalten werden kann, denn eben erst das positive Verbot höherer Zinsen und die damit verknüpften Strafbestimmungen bilden den Begriff des zinswucherlichen, vom Staate reprobirten Geschäfts. Nun erklärt aber das Strafgesetzbuch im Zusammenhalte der art. 293. 294. 301., daß die Ausbedingung und Annahme nicht blos des sechsten Zinsthalers, sondern überhaupt höherer Zinsen, als landüblicher d. h. fünf und bei Wechseln sechs vom Hundert, sobald sie von Kaufleuten in kaufmännischen Geschäften erfolgt, eine straflose Handlung sei. Damit ist jede entgegenstehende frühere Bestimmung des sächsischen und des gemeinen Rechts aufgehoben, es tritt das natürliche Recht wieder ein, und die Ausbedingung und Annahme höherer Zinsen, als fünf vom Hundert, in kaufmännischen, wenn schon nicht Wechselgeschäften, insbesondere des sechsten Zinsthalers, ist ein erlaubtes Geschäft, die bedungenen höhern Zinsen können eingeklagt, die bereits bezahlten aber nicht wieder zurückgefordert werden. Und das ganz mit Recht; denn dem Kaufmann ist in seinen Betriebsgeschäften das Geld nicht ein bloßes Capitalvermögen, in welcher Eigenschaft das Geld nach den Gesetzen über den Zinswucher billige Zinsen gewähren soll, sondern es ist ihm in Wahrheit eine Waare, mit welcher er Handel treibt [13]). Aus diesen Gründen hat die Juristenfacultät zu Leipzig vor Kurzem eine Klage auf Rückgabe des bezahlten sechsten Zinsthalers aus einem rein kaufmännischen Geschäfte für unzulässig erklärt. Es versteht

13) S. Günther, in der Ausgabe des sächs. Strafgesetzbuchs art. 301. Note S. 155.

sich übrigens, daß der Kaufmann, wenn er aus seinen Betriebsgeschäften höhere Zinsen, als die landüblichen, fordern will, auf ein ausdrückliches Versprechen sich muß beziehen können, und daß ein solches Versprechen, sollte es den landüblichen Zinsfuß zum Verderben des Schuldners zu weit überschreiten, dem Richter eine Moderation, vielleicht nach dem vorhandenen Curse, gestattet sein muß [14]).

14) Vergl. Groß, zu dem Strafgesetzbuche art. 301.

XL.

Ist der Ehemann berechtigt zu Einklagung und Einhebung des Dotal- und Paraphernalvermögens seiner Ehefrau.

Diese Frage ist nach gemeinem Rechte weniger Zweifeln unterworfen, als nach sächsischem.

Nach gemeinem Rechte ist bekanntlich ein großer Unterschied zwischen dem Dotal- und Paraphernalvermögen einer Ehefrau. Es genügt für unsern Zweck, daran zu erinnern, daß nach der richtigern, jetzt wohl allgemein angenommenen Meinung dem Ehemanne an dem Dotalvermögen, selbst an der dos receptitia, das bürgerliche Eigenthumsrecht während der Ehe zusteht, wogegen das Eigenthumsrecht der Ehefrau, wenn es ihr überhaupt an den Dotalgütern zukommt, was nicht immer der Fall ist, durch die Dauer der Ehe ruht. An dem Paraphernalvermögen hat der Ehemann blos diejenigen Rechte, welche ihm von der Ehefrau entweder ausdrücklich oder stillschweigend daran eingeräumt worden sind [1]). Um das Dotalvermögen einzuklagen und einzuheben, so wie Quittung darüber zu leisten, bedarf daher der Ehemann nicht erst eines Auftrags seiner Ehefrau oder auch nur der Zustimmung derselben; vielmehr kann er diese Handlungen vornehmen in der Eigenschaft eines Eigenthümers, und die Bevollmächtigung durch die Ehefrau oder deren Zustimmung ist um so gewisser ganz unnöthig, als eben die Ehefrau während der Ehe gar kein Eigenthumsrecht an dem Dotalvermögen ausüben, namentlich über dessen Empfang gar nicht giltig quittiren kann [2]). Das Paraphernalvermögen kann der Ehe-

1) S. Kind, quaest. for. T. III. c. 110. p. 461. ed. II., Glück, Pandectencomm. Th. V. §. 388. p. 231. VIII. §. 577. 579. p. 75. 88., Hänsel, Excurse zum sächs. Civilr. Leipzig 1828. Th. I. p. 163. f.

2) Glück, a. a. O. Th. V. §. 388. p. 231.

mann nur unter Berufung auf einen besondern Auftrag seiner Ehefrau oder unter Beziehung auf das mandatum praesumtum für dieselbe, Kraft dessen der Handelnde nach gemeinem Rechte alle actus specialis mandati vorzunehmen berechtigt ist, einklagen und unter Quittungsleistung einheben. Ein besonderes Mandat hierzu kann dem Ehemanne eben so gut stillschweigend, wie ausdrücklich ertheilt werden, und es behandeln die Gesetze namentlich den Fall als eine stillschweigende Bevollmächtigung, wo die Ehefrau in dem Dotalinstrumente gewisse Außenstände als Paraphernalvermögen bezeichnet, und nachmals dem Ehemanne die Documente über diese Außenstände eingehändigt hat [3]). Keineswegs dagegen liegt eine solche stillschweigende Bevollmächtigung in der Einräumung der Administration und selbst des Nießbrauchs an einem Theile des Vermögens der Ehefrau, denn wer ermächtigt ist, eine fremde Sache zu verwalten und zu nutzen, kann wohl die ihm von dem Dritten vorenthaltenen Nutzungen aus seiner Nutznießungszeit Kraft eignen Rechts einklagen und einheben, nicht aber ist er auch ohne Weiteres zu Einklagung und Einhebung der Hauptsache befugt [4]). In solchem Falle kann daher der Ehemann blos Kraft des ihm zustehenden mandatum praesumtum für die Ehefrau auftreten, und er hat, wie jeder, welcher ex mandato praesumto handelt, die cautio rati zu bestellen, welche wenn vor Rechtskraft der Definitivsentenz die Ratihabition der Ehefrau nicht erfolgt, zu der, dem Ehemanne, als unbefugtem Kläger, zur Last fallenden Deckung der, dem Gegner durch den Proceß verursachten Unkosten verwendet wird und in so weit dem Ehemanne verloren geht. Tritt der Ehemann auf, versehen mit einem besondern, entweder ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage, so bedarf es eben so wenig der Bestellung einer cautio rati, wie ein ausdrücklich Bevollmächtigter, dessen mandatum weder insufficiens, noch mancum ist, niemals zu Bestellung der cautio rati angehalten werden kann [5]).

---

3) S. c. ult. (11.) C. de pact. conv. (V. 14.)

4) Berger, elect. disc. for. tit. VIII. oles. 6. not. 5. Kind, l. l. p. 464. f.

5) S. c. 21. C. de procur. (II. 13.), Kind, l. l. p. 461. ff. Glück, a. a. O. p. 232. bezeichnet den, in c. ult. C. de pact. conv. gedachten Fall als eine Ausnahme, wo der Ehemann, wenn schon er blos ex mandato praesumto handelt, dennoch von der cautio rati befreit sein soll. Es ist dieß jedoch nicht richtig, da in dem Gesetze nicht von dem mandatum praesumtum, sondern von dem mandatum tacitum gesprochen wird.

In Sachsen hat der Ehemann an dem Dotal- und Paraphernalvermögen seiner Ehefrau ganz gleiche Rechte, nämlich die Administration und die Nutznießung, das Eigenthum bleibt durchaus bei der Ehefrau, und es unterscheidet sich das Dotalvermögen von dem Paraphernalvermögen, seitdem das früher mit der, nunmehr ebenfalls aufgehobenen stillschweigenden Hypothek der Eheweiber verbunden gewesene Vorzugrecht des Dotalvermögens in Wegfall gekommen ist [6]), blos noch in so fern, als alles, bei Eingehung der Ehe dem Ehemanne zugebrachte Vermögen: dos heißt, das später zugebrachte dagegen: parapherna genannt wird [7]). Das Vermögen, welches die Ehefrau von der Verwaltung und dem Nießbrauche des Ehemannes besonders ausnimmt, heißt bekanntlich: bonum receptitium, und ist von jeder Einwirkung des Ehemannes ledig. Will daher dieser ein bonum receptitium einklagen und einheben, so bedarf er hierzu des besondern Auftrags seiner Ehefrau. Mit Beziehung auf das mandatum praesumtum für seine Ehefrau reicht er nicht aus, weil nach sächsischem Rechte das mandatum praesumtum blos zur Vornahme der actus generalis mandati ermächtigt [8]), die Klaganstellung, die Einhebung eines Gegenstandes, die Quittungsleistung aber unbezweifelt ein actus generalis mandati nicht ist. Dieselben Gründe lassen die Beziehung auf das mandatum praesumtum auch dann als nicht genügend erscheinen, wenn der Ehemann das Dotal- oder Paraphernalvermögen seiner Ehefrau einklagen und einheben will. Eben so wenig

---

6) Mandat vom 4. Juni 1829. §. 3. (Gesetzsammlung p. 103.) Gesetz vom 25. Jan. 1836. §. 3. (G. u. V. B. p. 14. f.).

7) Diese Meinung stützt sich auf die Ableitung der Rechte des Ehemannes an dem Vermögen seiner Ehefrau aus der ehelichen Vormundschaft, und sie ist, wenn schon einige Rechtslehrer ihr nicht beipflichten, dennoch allgemein in den Gerichten angenommen. Selbst wenn dem Ehemanne Fungibilien, namentlich Geld, oder, venditionis gratia taxirte Gegenstände übergeben worden sind, erscheint er nur als Administrator und Nutznießer, denn die übergebenen species gehen wohl in das Eigenthum des Ehemannes über, allein nicht sie bilden den Gegenstand des Einbringens, sondern die Quantität und Qualität der Fungibilien, und der ausgeworfene Preis der venditionis gratia gewürderten Sachen, und diese verwaltet und nützt der Ehemann. Die übrigens grundlose Behauptung, daß auch während der Ehe durch ausdrückliche Bestimmung das Einbringen der Ehefrau Dotalqualität erhalten könne, ist jetzt, wo die Rechte des Dotal- und Paraphernalvermögens einander völlig gleich sind, ganz bedeutungslos. Vergl. Schweppe, das römische Privatrecht §. 692. Curtius, Handbuch des sächs. Privatr. §. 117. 119. Hänsel, Excurse, Th. I. p. 163. ff. Haubold, sächs. Recht, §. 74. not. c.

8) E. P. O. Tit. VII. §. 3.

genügt auch dazu die Beziehung auf die, dem Ehemanne zustehende Verwaltung und Nutznießung dieses Vermögens, wofür wir schon oben die Gründe angezeigt haben.

Die const. elect. XV. p. 2. (C. A. I. p. 89.) verordnete, daß

die Ehemänner, wann sie ihrer Eheweiber halben klagen oder dieselbigen vertreten, ihre Person durch Vollmacht oder Caution de rato diesfalls legitimiren sollen.

Dasselbe wiederholt die A. P. O. Tit. VIII. §. 2. mit den Worten, daß

die Ehemänner ohne sonderbare curatoria oder zum wenigstens cautionem rati nicht zugelassen werden (sollen).

Damit war also anerkannt, daß die Ehemänner nur, wenn sie besondere (sonderbare) Vollmacht von ihren Eheweibern empfangen haben, oder wenn sie, gestützt auf das ihnen zustehende mandatum praesumtum [9]), cautio rati bestellen, für ihre Eheweiber vor Gericht handeln können; auch erhellt aus diesen gesetzlichen Bestimmungen, so wie aus der E. P. O. Tit. VIII. §. 1., daß der Ehemann nach dem alten Rechte vor der E. P. O. Kraft des mandatum praesumtum nicht blos die actus generalis, sondern auch die actus specialis mandati für seine Ehefrau vornehmen konnte, während von jeher nach sächsischem Rechte (s. E. P. O. Tit. VII. §. 3.) alle andere Personen, denen ein mandatum praesumtum beigelegt wird, nur actus generalis mandati haben verrichten dürfen. In der E. P. O. Tit. VIII. §. 1. endlich wurde diese Beschränkung auch auf die Ehemänner angewendet, indem es dort heißt:

(mag) ein Ehemann vor sein Weib weiter nicht, als wenn actus, welche keine Specialvollmacht erfordern, vorgehen, erscheinen oder einen actorem bestellen, und soll der Ehemann auf solchen Fall cautionem rati zu bestellen nicht verbunden sein, auch hierbei inter bona dotalia, paraphernalia und receptitia kein Unterschied gemacht werden.

Es ist hiernach der Ehemann den übrigen Personen, welchen ein mandatum praesumtum beigelegt wird, hinsichtlich der Berechtigungen völlig gleichgestellt; nur darin unterscheidet er sich von ihnen, daß er zu der jenen obliegenden Bestellung einer cautio rati nicht verpflichtet ist. Der Ehemann soll Kraft des mandatum praesumtum nur actus generalis mandati vornehmen können,

---

9) S. A. P. O. Tit. VII. §. 2.

und zwar, — was nicht aus den Augen verloren werden darf — die Handlung mag das Dotalvermögen, das Paraphernalvermögen oder die Receptition der Ehefrau betreffen. Die actus specialis, und noch mehr specialissimi, mandati, welche Bezug nehmen auf eine oder die andere Art des eheweiblichen Vermögens, können blos von der Ehefrau oder von dem dazu besonders beauftragten Ehemanne verrichtet werden. Diese Bestimmung ist ganz allgemein, und sie ist auch in ihrer Allgemeinheit von der Juristenfacultät zu Leipzig schon früher auf alle Streitigkeiten der Ehefrau angewendet worden, sie mögen bewegliches oder unbewegliches Vermögen betroffen haben, so daß der Ehemann nur, wenn er von der Ehefrau besondern Auftrag gehabt hat, zur Einklagung und Einhebung, wie der Receptitien, so des Dotal- und Paraphernalvermögens gelassen worden ist [10]). Der früher zu Leipzig bestandene Schöppenstuhl dagegen stimmte dieser Ansicht blos hinsichtlich der Streitigkeiten über die Receptitien und über die Immobiliartheile des Dotal- oder Paraphernalvermögens bei, und hielt den Ehemann zu Einklagung und Einhebung des, in Außenständen und Mobilien bestehenden Dotal- und Paraphernalvermögens auch ohne besondern Auftrag berechtigt [11]). Diese Ansicht mag entweder auf die irrthümliche Annahme, daß dem Ehemanne, wenn auch nicht an den Immobilien, doch jedenfalls an den übrigen Theilen des Dotal- und Paraphernalvermögens, das Eigenthum zustehe, oder auf die Behauptung, daß in der Administration und Nutznießung auch die Berechtigung zur Einklagung und Einhebung enthalten sei [12]), gegründet worden sein; sie gewann die Oberhand, selbst bei dem frühern Appellationsgerichte [13]), von welchem sie an die jetzigen Bezirksappellationsgerichte und an das Oberappellationsgericht übergegangen ist. Dieser Uebergang hat sich jedoch darauf beschränken müssen, daß der Ehemann zur Einklagung zu dem Dotal- und Paraphernalvermögen der Ehefrau gehöriger Außenstände und Mobilien berechtigt gehalten wird, indem die verbietenden Worte der Verordnung vom 7. Juni 1821. (Gesetzsammlung p. 75. f.) die fernere Annahme,

---

10) S. Rivinus, enunciata juris, ad tit. VIII. §. 14. p. 296. ff. ed. II.

11) S. Rivinus, l. l. p. 294. ff., Hänsel, a. a. O. p. 166.

12) Kind, l. l. p. 463. ff. Glück, a. a. O. p. 332. f.

13) Kind, l. l. p. 467.

daß der Ehemann auch zur Einhebung berechtigt sei, nicht gestatteten [14]). Diese Verordnung, welche nach der Verordnung vom 20. März 1822. §. III. b. (Gesetzsamml. p. 224.) auch in der sächsischen Oberlausitz Giltigkeit hat, lautet wörtlich so:

den Ehemännern soll zwar ferner verstattet bleiben, Zinsen und andere Nutzungen von dem Einbringen ihrer Eheweiber an Dotal- und Paraphernalvermögen, die während der Ehe zahlbar oder gefällig geworden sind, für sich allein in Empfang zu nehmen und darüber zu quittiren. Dahingegen soll bei erfolgender Auszahlung der in solchem Einbringen beiderlei Art begriffenen Hauptstämme, so wie bei der Ausantwortung anderer dahin gehörigen Sachen, und der Nachberichtigung der vor der Ehe fällig gewesenen Zinsen und Nutzungen, zu völliger Befreiung des Schuldners fürohin erforderlich sein, daß auch die Einwilligung der Ehefrau in die von dem Ehemanne geschehende Erhebung oder Empfangnahme, durch Mitunterschrift der Quittung, oder auf andere glaubhafte Weise dargethan sei.

Es beschränkt sich jedoch die Nothwendigkeit dieser Einwilligung der Ehefrau auf den Fall, da in einer über die Verbindlichkeit zur Zahlung oder Ausantwortung ausgestellten Urkunde die Ehefrau oder die Person, deren Rechte auf sie übergegangen sind, als Gläubigerin oder als die zum Empfange berechtigte Person benannt ist.

Die Praxis ist damit einverstanden, daß diese Verordnung, wenn schon sie nach den Worten blos in dem Falle die Einwilligung der Ehefrau zur Einhebung fordert, wo über die zum Dotal- und Paraphernalvermögen gehörigen Außenstände und Mobilien Urkunden vorhanden sind, in denen die Ehefrau oder die Person, deren Rechte auf sie übergegangen sind, als Gläubigerin oder zur Empfangnahme berechtigte Person benannt ist, dennoch auch auf die Fälle angewendet werden muß, wo eine solche Urkunde mangelt [15]); und eben so, daß die Einwilligung der Ehefrau auch zur Einhebung oder Empfangnahme derjenigen Zinsen oder Nutzungen erforderlich ist, welche zwar während der Ehe, aber doch vor der Illation des Hauptstammes oder der Mobiliarsache gefällig wor-

---

14) S. Hänsel, a. a. O. Th. III. p. 522.

15) S. C. F. Günther, progr. de causis perspicuitatis et obscuritatis legum, Lips. 1836. p. 8. f.

den sind[16]) Allein zu der Ueberzeugung hat sich die Praxis noch nicht erhoben, daß die Verordnung dem Ehemanne allein nicht blos die Einhebung, sondern auch die Einklagung der zu dem Dotal- und Paraphernalvermögen gehörigen Außenstände und Mobilien, sammt davon vor Eingehung der Ehe oder vor der Illation gefälligen Zinsen und Nutzungen, ohne die Einwilligung der Ehefrau, keineswegs gestatte. Wir sehen daher täglich, daß der Ehemann wohl zur Anstellung der Klage, nicht dagegen zur Einhebung des endlich von ihm für die Ehefrau Errungenen, gelassen wird. Die Juristenfacultät zu Leipzig hat dem nie beigepflichtet, und pflichtet auch jetzt nicht bei. Sie findet mit Recht in der Verordnung die Festsetzung, daß der Ehemann ohne besondern Auftrag der Ehefrau auch nicht einmal Klage anstellen könne. Denn nur der, welcher das durch den Proceß errungene Streitobject einheben oder in Empfang nehmen kann, nur dieser ist als dominus litis anzusehen, und der Beklagte kann nicht genöthigt werden, mit einem Kläger sich einzulassen, welcher ihn nicht liberiren und der Gefahr, nochmals von einem Andern belangt zu werden nicht überheben kann. Und so ist es mit dem Ehemanne, welcher ohne den besondern Auftrag der Ehefrau klagt. Der Ehemann kann seine Ehefrau nicht zwingen, der Einhebung und Empfangnahme beizutreten und Quittung zu leisten[17]), und er vermag daher keineswegs, dem Beklagten eine Garantie dafür zu leisten, daß dieser Beitritt erfolgen, und mithin daß die Ehefrau später nicht selbst nochmals Klage erheben werde. Bringt er aber auch bereits bei dem Beginne des Processes, wo der Beklagte jene Garantie verlangen kann, die Einwilligung der Ehefrau bei, so genügt dieß immer noch nicht, um sich für berechtigt zu halten, die Klage im eignen Namen anzustellen, denn er wird mit dieser Einwilligung der Ehefrau noch keineswegs dominus litis, was die Gegner im Augenblicke zugestehen müssen, wenn sie daran erinnert werden, daß der Ehemann in einem solchen Fall zur Vornahme derjenigen Proceßhandlungen, welche nur durch die Parteien verrichtet werden dür-

---

16) Hänsel, in der Ausgabe von Curtius, Handb. des sächs. Rechts §. 126. not. c. spricht die unerklärliche Meinung aus, daß der Ehemann ohne Concurrenz der Ehefrau die Zinsen und Nutzungen des eheweiblichen Einbringens cum effectu liberationis einheben könne, sie mögen vor oder nach Vollziehung der Ehe gefällig worden sein.

17) Wie dieß Hänsel meint, Excurse Th. III. p. 523.

fen, d. h. zu den Eidesleistungen in der Hauptsache, durchaus nicht gelassen werden kann. Die Juristenfacultät weist daher jederzeit den Ehemann zurück, welcher im eignen Namen einen Theil des Dotal- oder Paraphernalvermögens seiner Ehefrau, es mag in Außenständen, Mobilien oder Immobilien bestehen, einklagen will. Es fragt sich, ob diese Zurückweisung auch in dem Falle erfolgen muß, wo das Dotal- oder Paraphernalvermögen nicht von der Ehefrau selbst, sondern von dem Vater derselben oder von einem Dritten bestellt worden ist. Wir glauben, die Frage bejahen zu müssen, so bald das Dotal- oder Paraphernalvermögen dereinst nach der Trennung der Ehe der Ehefrau zufallen soll, und zwar hier auch ohne daß das Dotal- oder Paraphernalvermögen vor der Bestellung erst auf die Ehefrau übertragen gewesen ist; denn die Ehefrau erlangt das Eigenthum an solchem Vermögen auch ohne ausdrückliche Uebertragung. Wenn dagegen bei der Bestellung des Dotal- oder Paraphernalvermögens durch einen Dritten bestimmt worden ist, daß es nach Trennung der Ehe nicht auf die Ehefrau, sondern auf eine dritte Person übergehen oder an den Besteller zurückfallen solle, so erlangt die Ehefrau daran durchaus kein Eigenthum, und auch der Dritte, welchem nach dem Willen des Bestellers nach Trennung der Ehe das Vermögen zufallen soll, erwirbt kein Eigenthumsrecht, so lange die Ehe besteht, vielmehr verbleibt solches während derselben bei dem Besteller [18]) der dos receptitia, des paraphernum receptitium [19]). Ist daher etwas von diesem Vermögen bei dem Dritten außenständig oder befindlich, so kann blos der Besteller dasselbe einklagen und einheben, damit es den Eheleuten, welchen die dos, das paraphernum versprochen worden ist, übergeben werden kann. Zögert der Besteller mit Erhebung der Klage, so wird wider ihn von den Eheleuten auf Erfüllung seines Versprechens geklagt werden können, wozu der Ehemann, sollte auch das Versprechen nicht ihm selbst gegeben und von ihm selbst acceptirt worden sein, schon in Hinsicht auf die ihm zukommende Nutznießung an dem versprochenen Vermögen durch die Dauer der Ehe berechtigt ist.

---

18) Vergl. c. un. §. 13. C. de rei uxoriae actione (V. 13.)
19) Ein, dem römischen Rechte ganz fremder Begriff.

XLI.

Steht dem zur simultanen (privilegirten) Succession berechtigten Ehegatten die querela inofficiosae donationis und dotis zu?

Die Succession der Ehegatten ist bekanntlich nach römischem Rechte eine doppelte. Die eine gründet sich auf das prätorische Edict: unde vir et uxor, gebührt beiden Ehegatten und tritt dann ein, wenn der Verstorbene keine testamentarischen Erben und keine erbfähigen Verwandten hinterlassen hat (successio subsidiaria). Die andere ist von Justinian durch die nov. 53. c. 6. eingeführt, kommt blos der armen Wittwe zu, nachdem sie durch die nov. 117. c. 5. dem armen Wittwer wieder entzogen worden ist [1]), und greift Platz neben der Intestatsuccession der Kinder und übrigen Verwandten [2]), sowohl neben der testamentarischen Succession (successio simultanea, privilegiata). Dem Ehegatten, welcher ex edicto unde vir et uxor succedirt, steht unbezweifelt ein wirkliches Intestaterbfolgerecht zu, und er kann daher die hereditatis petitio anstellen gegen den, welcher die Erbschaft ganz oder theilweise innen hat und ihm streitig macht, er hat auch das interdictum quorum bonorum. Streitig ist dagegen die Eigenschaft der Succession der armen Wittwe, indem bald dieser ein Erbrecht ganz abgesprochen, und sie als Legatarien betrachtet, bald sie als Pflichttheilerbin oder gleichsam als Pflichttheilerbin angesehen, bald wieder theils als Erbin, wenn nämlich im Testament des verstorbenen Ehegatten ihr nichts hinterlassen, oder wenn sie auf einen nicht genügenden Theil

---

1) Glück, Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, Erlangen 1803. §. 137. p. 430. Schweppe, das römische Privatr. §. 976. Bd. V. p. 485. not. 4.

2) Schweppe a. a. O. p. 486.

als Erbin eingesetzt ist oder wenn Intestaterbfolge im Nachlasse des Ehemannes eintritt, theils als Legatarien, wenn ihr nämlich ein Theil des ihr Gebührenden vermacht worden ist, behandelt wird [3]). Wir mögen keiner dieser Ansichten beipflichten, halten vielmehr die succedirende arme Wittwe für eine wirkliche Intestaterbin, deren Recht jedoch, wie es aus einer singulären gesetzlichen Bestimmung hervorgegangen ist, so auch blos in den von diesem singulären Gesetze festgestellten beschränkten Grenzen gehalten werden muß. Die arme Wittwe kann nicht als Pflichttheilerbin erscheinen, denn es wird der Begriff der Collation und der Enterbung auf sie nicht angewendet, und es wird ihr die querela inofficiosi testamenti nicht zugestanden, oder vielmehr sie bedarf deren nicht, weil ihr das Gebührende durch keine letztwillige Verordnung des Ehemannes entzogen werden kann [4]). Allein Erbin ist die arme Wittwe; es ist dieß, und daß sie zu den Schulden des Ehemannes beizutragen habe, ganz deutlich in der nov. 53. c. 6. §. 1. gesagt,

ut (res uxoris) debitis viri nullatenus subjaceant, nisi in quantum ex hac lege jurium illius forte heres extiterit.

Zwar ergiebt sich aus den Worten pr. des Gesetzes:

Si tamen maritus legatum aliquod illi relinquat, quod minus sit quarte parte, id expleatur,

daß der Ehemann der armen Wittwe das ihr Gebührende als Legat hinterlassen kann, allein daraus darf nicht die Qualität der armen Wittwe als Legatarien, sondern nur so viel abgeleitet werden, daß die Wittwe nicht braucht titulo heredis eingesetzt zu werden, vielmehr jeder andere Titel genügt, wenn ihr nur das Gebührende hinterlassen wird. Auch glauben wir, daß der armen Wittwe das jus adcrescendi in dem Falle beigelegt werden muß, wo ihr das Viertheil des Nachlasses, das Höchste, was sie erhalten kann, nicht voll gewährt worden ist [5]). Es kommt dieß vor, wenn die arme

---

3) Glück, a. a. O. §. 142. 143. p. 446. ff., Schweppe, a. a. O. p. 487.

4) Nov. 53. c. 6. pr., Johannes Voet, commentar. ad Pandectas libr. 38. tit. 17. (ad Sct. Tertull.) §. 24. sub. fine, Glück, a. a. O. §. 142., Pandecten-comm. Th. VII. §. 543. not. 2., Schweppe, a. a. O. p. 487. not. 2. Es versteht sich aber von selbst, daß die Entziehung wegen Indignität, welche bekanntlich bei allen Erben und Legatarien vorkommt, auch auf den Successionstheil des überlebenden Ehegatten angewendet werden muß.

5) S. Glück, von der Intestaterbfolge, §. 143. p. 450. Derselbe widerspricht sich jedoch, indem er §. 140. p. 443. sagt, es werde bei der Bestimmung

Wittwe mit Kindern, und zwar mit mehr, als dreien, concurrirt, von denen eines oder das andere nachmals wegfällt, ohne seinen Erbtheil adquirirt zu haben, so daß blos noch drei Kinder bleiben. Hier kann die arme Wittwe, welche bei der Concurrenz mit mehr, als drei Kindern nach den beiden Novellen blos partem virilem zu erhalten hatte, bei der nachmaligen Verminderung der Kinder auf die Dreizahl die Ergänzung des ihr Gebührenden bis zu dem, bei der Concurrenz mit nur drei Kindern ihr zukommenden vollen Viertheile des ganzen Nachlasses fordern. In dem Falle, wo die arme Wittwe nicht mit Kindern concurrirt, gebührt ihr allemal das Viertheil des Nachlasses; sie kann aber unter keinen Verhältnissen mehr erlangen, und es ist daher die Anwendung des jus adcrescendi auf diesen Fall nicht möglich [6]).

Ist die arme Wittwe wirkliche Erbin, so muß ihr auch zu Erlangung des ihr Gebührenden, wenn es ihr ganz entzogen worden ist, oder vorenthalten wird, die hereditatis petitio und die actio familiae erciscundae gestattet sein, oder es muß ihr, wenn man hieran Anstoß nimmt, eine condictio ex lege, nämlich ex nov. 53. c. 6. und nov. 117. c. 5., gegeben werden, welche ihr doch ohne Zweifel mit den Bestimmungen dieser Gesetze verliehen worden ist. Wird eine Klage auf Erfüllung des ihr nicht vollständig hinterlassenen Successionstheils nöthig, so geben wir ihr jedenfalls ad supplendum die gedachte condictio ex lege. S. nov. 53. c. 6. pr.

Die querela inofficiosae donationis und dotis aber kann der armen Wittwe durchaus nicht zugestanden werden. In der neuern Zeit ist dieß nicht mehr zweifelhaft [7]). Und das ganz mit Recht. Die nur genannten Querelen sind ad exemplum querelae inofficiosi testamenti eingeführt worden, und kommen nur denjenigen zu, welche die Letztere anzustellen berechtigt sind [8]), die

---

der Qualität und Quantität des Erbtheiles der Wittwe lediglich auf die Zeit des Todes des Ehemannes gesehen, so daß sie, wenn später ein mit ihr concurrirender Erbe vor Adquisition seines Erbtheiles wegfällt, ihr Erbtheil dadurch nicht vergrößert werde.

6) Schweppe, a. a. O. p. 486. Makeldey, Lehrb. des heutigen römischen Rechts, 10te Ausg. Giesen, 1833. §. 627. A. M. ist Glück, a. a. O. §. 143. p. 450.

7) Kori und von Langenn, Erörterung practischer Rechtsfragen, Th. III. Abh. XXXII. p. 224. f. 2te Ausg.

8) C. 9. de inoffic. donat. (III. 29.) Schweppe, a. a. O. §. 971. p. 473.

arme Wittwe aber hat die querela inofficiosi testamenti nicht, wie dieß schon oben gesagt ist und von Niemanden bestritten wird. Es ist im hohen Grade inconsequent, der armen Wittwe diese Querel zu verweigern, jene Querelen aber zu geben [9]), und der für solche Inconsequenz angeführte Grund, daß es dem Ehemanne leicht sein würde, seine Ehefrau zur Bettlerin zu machen, wenn man ihr nicht die querela inofficiosae donationis und dotis einräume, ist keineswegs genügend, um die höchst singuläre Begünstigung der Wittwe, wie sie in den beiden Novellen niedergelegt ist, zu extendiren. Der Anspruch der armen Wittwe afficirt blos den Nachlaß des Ehemannes. Hat dieser gar nichts hinterlassen, so kann dessen arme Wittwe etwas nicht fordern, wäre auch der Verstorbene der reichste gewesen, und hätte derselbe, sogar in der Absicht, der armen Wittwe das ihr Gebührende zu entziehen, sein ganzes Vermögen bei Lebzeiten verschenkt.

Es fragt sich, in wie weit das sächsische Recht mit dem gemeinen übereinstimmt. Den Anhalt zur Beantwortung dieser Frage bietet ausschließlich das Mandat vom 31. Januar 1829. über die Intestaterbfolge (Gesetzsamml. p. 37. ff.), von welchem das frühere Recht, wie in vielen andern Beziehungen, so auch hinsichtlich der Succession der Ehegatten, gänzlich umgestaltet worden ist. Das sächsische Recht kennt, wie das gemeine, eine subsidiäre und eine simultane Succession der Ehegatten. Jener liegt ebenfalls das edictum unde vir et uxor zu Grunde [10]), und sie trat nach früherm Rechte ein, wenn kein testamentarischer Erbe des Ehemannes vorhanden war und kein erbfähiger Verwandter irgend eines Grades; nach dem gedachten Mandate §. 69. aber greift es schon Platz, wenn keine erbfähigen Seitenverwandte des sechsten Grades vorhanden sind, so daß also der überlebende Ehegatte die Seitenverwandten des siebenten Grades ausschließt. Der so suc-

9) Voet, l. l. sagt, da der Ehemann durch letztwillige Verfügung der Ehefrau die portio inopis uxoris nicht schmälern dürfe, so müsse consequenter Weise auch dem Ehemanne verboten sein, durch Verfügung unter den Lebenden ihren Erbtheil zu beschränken, und es müsse der Ehefrau gestattet sein, gegen ein solches Vorhaben ad exemplum patroni, liberorum, impuberis etc. arg. tit. Cod. de inoffic. don., fr. ult. et tot. tituli D. si quid in fraudem patroni, jct. fr. 79. D. de reg. jur. klagbar werden zu können, ne in potestate mariti sit, redigere uxorem ad mendicitatem. Ihm folgt Glück, Intestaterbfolge §. 142. p. 447., Pandectencomm. a. a. O. p. 2.

10) Haubold, Lehrb. des sächs. Privatr. §. 317 b.

cedirende Ehegatte ist wirklicher Intestaterbe. Die simultane Succession kommt nicht blos der Wittwe, sondern auch dem Wittwer zu, setzt keineswegs die Armuth des Ueberlebenden voraus, und beträgt ein reines Viertheil, ein Drittheil oder die Hälfte des ganzen Nachlasses, je nachdem der Ueberlebende mit ehelichen Descendenten oder mit Adoptivkindern, mit Abscendenten, mit Geschwistern, mit Abkömmlingen der Geschwister des Erblassers, oder die Ehefrau mit unehelichen Kindern des Ehemannes, welche durch rescriptum principis während der Ehe legitimirt (und zu Erben eingesetzt) worden sind, oder der Ehemann mit Kindern der Ehefrau, welche von dieser während der Ehe mit ihm im Ehebruche erzeugt worden sind, oder der Ueberlebende mit Verwandten in der vierten Klasse zusammentrifft. S. §. 66. 67. 68. 69. des Mandats. Diese Quote des Nachlasses erhält der Ueberlebende nicht als besonderer Nachfolger, sondern als wirklicher Erbe. S. §. 78. des Mandats. Ja, es scheinen verschiedene Ausdrücke und Bestimmungen des Mandats dafür zu sprechen, daß der Gesetzgeber den Erbtheil des simultan succedirenden Ehegatten als einen Pflichttheil, und den Ueberlebenden selbst als einen Pflichttheilerben, habe beurtheilt wissen wollen. So wird dieser Erbtheil in §. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 78. 89. und in den Rubriken der §. 70. 71. 74. 78. in der That ein Pflichttheil genannt; in §. 84. ff. wird der Begriff der Enterbung mit Angabe der Enterbungsursachen auf den Erbtheil des Ueberlebenden angewendet, und in §. 75. ist gesagt, daß bei Berechnung des Erbtheils des überlebenden Ehemannes die Receptitien der Ehefrau, nur in so weit diese nicht unter den Lebenden oder auf den Todesfall verfügt hat, und bei Berechnung des Erbtheils der Ehefrau dasjenige Vermögen des Ehemannes, in Betreff dessen er sich die freie Verfügung auf den Todesfall vorbehalten hat, nur in so weit eine solche Verfügung von ihm nicht getroffen worden ist, in Anschlag zu bringen sein sollen. Dieß sind denn auch die Gründe, aus denen das Oberappellationsgericht den privilegirten Erbtheil des überlebenden Ehegatten für einen wirklichen Pflichttheil und den Ueberlebenden selbst für einen Pflichttheilerben erklärt, diesem auch die querela inofficiosae donationis und dotis gestattet [11]), indem es insbesondere aus der gedachten

11) S. Kori und von Langenn, a. a. O., auch Curtius, Handb. des sächs. Privatr. §. 872. not. a.

Bestimmung in §. 75. des Gesetzes den Willen des Gesetzgebers zu erkennen glaubt, daß auch die unter den Lebenden getroffenen Verfügungen des verstorbenen Ehegatten von dem Ueberlebenden angefochten werden können, sobald ihm durch dieselben sein Pflichttheil geschmälert worden ist. Indeß scheint uns diese Interpretation der §. 75. keineswegs der Sache angemessen, und wir sind der Ueberzeugung, daß der Gesetzgeber, wenn schon er den Begriff der Enterbung auf den privilegirten Erbtheil der Ehegatten anwendet und ihn Pflichttheil nennt, dennoch derselbe diesen Erbtheil keineswegs in allen Beziehungen wie einen wahren Pflichttheil habe angesehen und behandelt wissen wollen. Zuvörderst ist hervorzuheben, um dem nominellen Grunde der Gegner einen gleichen gegenüberstellen zu können, daß der Gesetzgeber wohl geradehin den überlebenden Ehegatten als Pflichttheilerben bezeichnet haben würde, wenn er ihn als solchen hätte betrachtet wissen wollen, und daß ihm diese Bezeichnung, wäre sie mit seinen Ideen von dem privilegirten Erbtheile vereinbar gewesen, um so gewisser nicht entgangen sein würde, als er eine besondere Paragraphe dazu bestimmt hat, die Ansicht zu verbannen, daß der Ueberlebende ein successor singularis sei. Er sagt in §. 78.:

> Ehegatten sind in Ansehung ihrer Erb- und Pflichttheile nicht wie besondere Nachfolger, sondern wie Erben zu beurtheilen;

er nennt also die privilegirt succedirenden Ehegatten schlechthin: Erben, keineswegs dagegen, was ihm doch ganz nahe lag, Pflichttheilerben.

Hätte ferner der Gesetzgeber die Schmälerung des privilegirten Erbtheils der Ehegatten durch Verfügung unter den Lebenden verbieten und dem Ueberlebenden die Anfechtung einer solchen Verfügung gestatten wollen, so würde er es sicher mit den einfachsten Worten gethan haben, wie er es §. 70. 71. ganz einfach mit den Verfügungen auf den Todesfall gethan hat. Schon dieß steht der oben gedachten Interpretation der §. 75. entgegen. Es liegt aber auch nicht das Mindeste in der Stellung und in den Worten dieser Paragraphe, was eine solche Interpretation rechtfertigen könnte. In §. 74. bestimmt der Gesetzgeber, zugleich mit Bezug auf §. 60., daß neue Lehne, welche während der Ehe durch Verwendung des Allodialvermögens von dem verstorbenen Ehegatten erworben wor-

den sind, von dem, dem überlebenden Ehegatten zu gewährenden privilegirten Erbtheile afficirt werden sollen; in §. 76. ist bestimmt, daß dieß, wenn der überlebende Ehegatte mit Descendenten des Verstorbenen concurrirt, mit den Conferenden der Letztern nicht der Fall sein solle; und in §. 77. ist gesagt, daß der Ueberlebende bei Berechnung seines privilegirten Erbtheiles keineswegs sein eignes Vermögen einzuwerfen habe. Zwischen diesen Festsetzungen, deren Aufgabe ohne Zweifel die Formirung und Quantificirung desjenigen Vermögens ist, von welchem der privilegirte Erbtheil des überlebenden Ehegatten gewährt werden soll, befindet sich mitteninnen die §. 75., und es zeigt diese Stellung derselben an, daß sie sich mit demselben Gegenstande befasse. Die Rubrik der Paragraphe:

(Ob) Güter, in Ansehung welcher die freie Verfügung vorbehalten worden ist, in Anschlag zu bringen?

erklärt es aber des Deutlichsten, und es kann der Sinn der Paragraphe, wären auch die Worte irgendwie zweifelhaft, wie sie es jedoch nicht sind, kein anderer sein, als daß zwar die Receptitien der Ehefrau eigentlich nicht zu demjenigen Vermögen gehören, von welchem der Ehemann etwas erben kann, und daß eben so eigentlich der Ehefrau ein privilegirtes Erbrecht an demjenigen Vermögen des Ehemannes nicht gebühre, in Ansehung dessen er mit ihrer Einwilligung die freie Verfügung auf den Todesfall sich vorbehalten, ihr also das Erbrecht durch Vertrag entzogen hat, daß aber dennoch in dem Falle, wo der Verstorbene über solches Vermögen die ihm zugestandene freie Verfügung ganz oder theilweise nicht ausgeübt hat, angenommen werden solle, es habe derselbe dem privilegirten Erbrechte des Ueberlebenden dieses, ihm vorher entzogene Vermögen wieder unterstellt wissen wollen. Wir geben nunmehr die Worte der Paragraphe selbst, damit sie verglichen werden können mit unserer Interpretation, und mit der der Gegner. Sie lauten:

Hat eine Ehefrau sich die freie Verfügung über ihr Vermögen oder über einen Theil desselben ausdrücklich vorbehalten, oder ist ihr von einem Dritten etwas geschenkt oder vermacht und die freie Verfügung darüber vorbehalten worden, so kommt davon, bei der Berechnung des Pflichttheils des Ehemannes, nur dasjenige in Anschlag, worüber die Ehefrau weder unter den Lebendigen, noch auf den Todesfall gültiger Weise verfügt hat.

Dasselbe gilt in Ansehung des Pflichttheils der Ehefrau, wenn dem Ehemanne, vermöge eines Vorbehalts, die freie Verfügung auf den Todesfall zustand, und er sich dieses Rechts bedient hat.

Diese Worte enthalten so wenig das Verbot der Schmälerung des privilegirten Erbrechts der Ehegatten durch Verfügung unter den Lebenden, daß sie vielmehr das Recht einer solchen Schmälerung bestätigen, indem nämlich der zweite Satz der Paragraphe es ausspricht, daß der Ehemann, wenn er einen Theil seines Vermögens dem privilegirten Erbrechte der Ehefrau entziehen will, sich blos die freie Verfügung auf den Todesfall vorzubehalten braucht, keineswegs auch die freie Verfügung unter den Lebenden, weil diese ihm schon ohne Vorbehalt, ipso jure, zusteht. Wollte man den Ehegatten die freie Verfügung über ihr Vermögen unter den Lebenden zum Nachtheile des Ueberlebenden nicht einräumen, vielmehr dem Ueberlebenden die Anfechtung einer solchen Verfügung einräumen, so würde man in dem Falle, wo der Ueberlebende mit Descendenten des Verstorbenen concurrirte und eine, von dem Letztern zu Gunsten seiner Descendenten getroffene Verfügung unter den Lebenden anfechten wollte, in unlösbaren Widerspruch mit der Bestimmung in §. 76. gerathen. Denn in diesem Falle würde die von dem überlebenden Ehegatten angestellte querela inofficiosae donationis oder dotis, wenn sie zu einer Verurtheilung in der Hauptsache führte, die Wirkung haben, daß die beklagten Descendenten des Verstorbenen etwas zu Vermehrung des Nachlasses und mithin zu Vergrößerung des privilegirten Erbtheiles des überlebenden Ehegatten conferiren müßten, eine solche Collation aber ist in §. 76. ausdrücklich verboten. Die Schmälerung des privilegirten Erbrechts der Ehegatten durch Verfügung unter den Lebenden ist so wenig durch das Mandat vom 31. Jan. 1829. verboten, daß sogar nach ausdrücklicher Bestimmung desselben in einem Falle durch Verfügung auf den Todesfall eine solche Schmälerung geschehen kann. Es heißt in §. 72.:

> Erbverträge, wodurch vor der Ehe einem Dritten der Nachlaß unwiderruflich zugesichert worden, darf der überlebende Ehegatte wegen einer Verletzung in Pflichttheile nicht anfechten [12]).

12) So ist es zu verstehen, wenn bei Haubold, a. a. O. §. 331 b gesagt ist, daß der privilegirte Erbtheil des Ehegatten von dem Erblasser durch eine vor der

Dieß sind die Gründe, aus denen die Juristenfacultät zu Leipzig jüngst die querela inofficiosae donationis der überlebenden Ehefrau, durch welche eine Vergrößerung des privilegirten Erbtheils bezweckt wurde, für unstatthaft erklärt hat.

Ehe getroffene, wenn nur nicht unwiderrufliche Disposition ohne Einwilligung des Andern nicht entzogen, auch mit keiner Bedingung beschwert werden könne.

XLII.

Zur Lehre von der Beschränkung der Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse.

Es ist keine gemeinrechtliche Bestimmung vorhanden, und eben so wenig läßt sich ein constanter Gerichtsbrauch nachweisen, wonach die Einwendung der Rechtsmittel gegen richterliche Erkenntnisse, wenn sie nur überhaupt gestattet ist, auf irgend eine Weise, namentlich durch die Instanzenzahl, durch die Conformität zweier oder mehrerer Erkenntnisse, durch die Größe des Streitobjects, durch die Qualität der Streitigkeit, beschränkt wäre, wenn schon die Proceßlehrer von jeher über derartige Beschränkungen viel docirt haben und sehr verschiedener Meinung gewesen sind [1]). Den Particulargesetzgebungen ist es überlassen geblieben, hierüber Anordnung zu treffen; was für die Gegenwart hinsichtlich der Beschränkung der Rechtsmittel durch die Conformität der bereits gesprochenen Erkenntnisse, so wie durch die Größe des Streitobjects um so weniger bezweifelt werden kann, als die Bestimmung der, mit solchen Beschränkungen genau zusammenhängenden Instanzenzahl durch den Bundestagsbeschluß vom 14. März 1822. [2]) ausschließlich den Particulargesetzgebungen anheimgegeben worden ist. Und von der Beschränkung der Rechtsmittel durch die Conformität der Erkenntnisse, so wie durch die Größe des Streitobjects, wollen wir gegenwärtig sprechen. Das sächsische Recht hat stets eine solche in größerm oder geringerm Maaße gekannt. Durch das Gesetz, die höheren Justizbehörden und den Instanzenzug in Justizsachen betreffend,

---

1) Mittermaier, der gemeine teutsche Proceß, Bd. III. p. 1. ff. Linde, Handbuch des teutschen gemeinen bürg. Proc. Gießen 1831. §. 54. ff.

2) Bundestagsprot. Bd. XIII. p. 215.

vom 28. Jan. 1835. (G. u. V. B. p. 62. ff.) ist in dem sächsischen reinen Civilprocesse der Dreiinstanzenzug, der durch das Mandat vom 13. März 1822. (Gesetzsamml. p. 205. ff.) aufgehoben worden war, wieder eingeführt worden, und die Appellation, an welche die Läuterung in gewissen Fällen sich anschließt, ist das einzige ordentliche Rechtsmittel wider die Erkenntnisse. Die dermalen über die Beschränkung der Rechtsmittel durch die Conformität der Erkenntnisse und durch die Größe des Streitobjects geltenden Bestimmungen sind enthalten in dem gedachten Gesetze §. 12. 13. 18. 19., in dem Gesetze, die Abänderung und Erläuterung einiger Bestimmungen des gedachten Gesetzes vom 28. Jan. 1835. betreffend, v. 13. Jan. 1838. (G. u. V. B. p. 26. ff.), und in dem Gesetze, das gerichtliche Verfahren in Streitigkeiten über ganz geringe Civilansprüche betreffend, vom 16. Mai 1839. (G. u. V. B. p. 144. ff.) §. 35. Es sind folgende:

In ganz geringfügigen [3]) und in geringfügigen [4]) Klage- oder Exceptionssachen ist nur eine Appellation zulässig; bei demjenigen, was darauf von der nächsten vorgesetzten Instanz erkannt wird, hat es sein Verbleiben. Gegen Erkenntnisse in solchen Rechtssachen, deren streitiger Gegenstand eine Schätzung zuläßt, und in welchen der Gegenstand der Appellationsbeschwerden den Werth von 200 Thlr. oder von jährlich 8 Thlr. nicht übersteigt, findet nur in so weit die nochmalige Einwendung eines Rechtsmittels statt, als das Erkenntniß erster Instanz in Folge des dagegen eingewendeten Rechtsmittels in dem darauf erfolgten Erkenntnisse abgeändert worden ist.

In dem Gesetze vom 13. Jan. 1838. sind die nähern Bestimmungen über die Berechnung der appellabeln Summe enthalten [5]).

Diejenigen Sachen also, welche zwar nicht geringfügig sind, aber den eben angegebenen Werth nicht übersteigen, können nur in

---

3) Ganz geringfügige Rechtssachen sind, deren Object 20 Thlr. und darunter beträgt.

4) Geringfügige Rechtssachen sind, deren Object über 20 Thlr., jedoch nicht über 50 Thlr. oder nicht über 2 Thlr. jährlichen Ertrag ausmacht. Rückständige Zinsen machen nur dann die Sache zu einer großen (causa ardua), wenn sie in der Zusammenrechnung mit dem Capitale die Summe von 100 Thlr. übersteigen, und mehrere, in demselben Libelle gemachte Ansprüche aus verschiedenen Klaggründen bilden nur, wenn ihr Betrag zusammen die Summe von 100 Thlr. übersteigt, eine causa ardua.

5) S. Weiske, Handbuch des Civilpr. §. 438.

dem Falle, an das Oberappellationsgericht gelangen, wenn in der ersten und zweiten Instanz nicht conform erkannt worden ist. Gelangen sie jedoch dahin, so findet daselbst in den gleich zu gedenkenden Fällen eine Läuterung statt. In den noch größern Sachen dagegen ist auch dann, wenn in der ersten und zweiten Instanz bereits conform gesprochen worden wäre, doch noch eine Appellation zu dem Oberappellationsgerichte zulässig. Ueber die Beschränkung der Rechtsmittel in diesen Sachen heißt es in §. 12. 13. 16. des Gesetzes vom 28. Jan. 1835. wörtlich.

§. 12. „Bei der ersten Entscheidung des Oberappellationsgerichts verbleibt es, so weit sie wenigstens mit einem Erkenntnisse der vorigen Instanzen (wörtlich oder der Sache nach) übereinstimmt. So weit dieses nicht der Fall ist, hat derjenige, zu dessen Nachtheile eine Aenderung erfolgt, eine Läuterung, über welche nicht in demselben Senate zu erkennen ist."

§. 13. „Enthält das erste Urtel des Oberappellationsgerichts nicht blos Punkte, über welche bereits in den vorigen Instanzen erkannt war, sondern andere, über welche es zuerst entscheidet, so ist gegen diese Punkte für beide Theile eine Läuterung zulässig. So ist z. B. in dem Falle, wenn in den vorigen Instanzen der Kläger, welcher die Einwerfung gewisser Sachen in eine Erbschaftsmasse fordert, auf den Grund der Einrede, der Erblasser habe die Collation untersagt, abgewiesen worden wäre, das Oberappellationsgericht aber diese Einrede für unerheblich erachtete, und aussprache, was der Beklagte einzuwerfen habe, gegen den letztern Punkt auch eine Läuterung beim Oberappellationsgerichte für beide Theile zuzulassen, so weit dieses Gericht über Incidentpunkte, die erst in der dritten Instanz entstehen, erkannt (hat)."

„Uebrigens wird durch die Vorschrift dieses und des 12. und 13. §. die Bestimmung in §. 272. des Gesetzes über Ablösungen vom 17. März 1832. (daß gegen die Entscheidung der dritten Instanz kein weiteres Rechtsmittel stattfinde) nicht abgeändert."

§. 16. „Bei dem Erkenntnisse über die Läuterung beim Oberappellationsgerichte, so weit sie nach §. 12. 13. 14. zulässig ist, bewendet es schlechterdings."

Damit ist noch Folgendes zu verbinden.

Die Bezeichnung der, nach diesen Paragraphen zulässigen Läuterung als einer solchen ist nur dann statthaft, wenn das, durch dieselbe angefochtene Erkenntniß von dem Oberappellationsgerichte

selbst publicirt worden ist. Ist dagegen das Erkenntniß in der ersten oder zweiten Instanz publicirt worden, so tritt an die Stelle der Läuterung die nochmalige Appellation an das Oberappellationsgericht. S. §. 26. des ged. Gesetzes [6])

Wenn in Frohn- und Dienstablösungs- und Gemeinheitstheilungssachen die Specialcommission eine reincivilprocessualische Entscheidung gegeben hat, darauf in Folge eingewendeter Appellation von der Generalcommission und endlich in dritter Instanz von dem Oberappellationsgerichte, welches an die Stelle des frühern Appellationsgerichts zu Dresden getreten ist, erkannt worden, so ist nach der gedachten §. 272. des Gesetzes vom 17. März 1832 (G. u. V. B. p. 235.) gegen diese dritte Entscheidung kein Rechtsmittel mehr zulässig, es mag dieselbe conform mit einem der frühern gesprochen worden sein oder nicht.

Alle diese Festsetzungen haben uns bis jetzt nichts weniger, als unklar zu sein geschienen; doch hat uns der nacherzählte Fall auf die Meinung geleitet, daß eine Untersuchung darüber nicht unersprießlich sein dürfte, was das Gesetz vom 28. Jan. 1835. §. 12. unter der Conformität der ersten Entscheidung des Oberappellationsgerichts mit einem Erkenntnisse der vorigen Instanzen, und unter der Abänderung eines frühern Erkenntnisses durch die Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu dem Nachtheile der einen oder andern Partei habe verstanden wissen wollen. Der Fall war dieser. Der Besitzer eines Rittergutes hatte vier Scheffel Land von diesem, nach vorgängiger gesetzlichen Dismembration, an einen seiner Unterthanen verkauft, welcher eine Wassermühle auf dem Grundstücke erbauen und das dazu nöthige Wasser aus dem vorüber fließenden fiscalischen Flusse in seinen anzulegenden Mühlgraben ableiten wollte. Für den Fall der Concession hatte der Rittergutsbesitzer einen bedeutenden Mehlzins sich bedungen, welcher nach gewissen Modalitäten vermindert werden sollte, dafern der Fiscus das zu dem gleichzeitigen Umtriebe aller Mühlgänge nöthige Wasser nicht gewähren — oder, wie allerdings die Worte der Uebereinkunft verstanden werden konnten, durch nachmalige Verfügung dauernd schmälern — würde. Die Concession wurde gegeben, das volle Wasser zu dem gleichzeitigen Umtriebe aller Mühlgänge

6) Auch in dem Falle, wo gegen das Urtel des Oberappellationsgerichts das Rechtsmittel der Nullität eingewendet worden ist, findet wider die darauf folgende Entscheidung einer Läuterung statt. Doch gehört dieß nicht weiter hierher.

wurde verwilligt, die Mühle wurde auch bereits im Jahre 1830. erbaut und mit allen ihren Gängen in Bewegung gesetzt; dennoch blieb der Müller auf die Jahre 1831. bis mit 1837. dem Rittergutsbesitzer einen bedeutenden Theil des Mehlzinses in Rest und hatte demselben mit aller Bestimmtheit die Abführung der Rückstände verweigert. Jetzt ward von dem Rittergutsbesitzer auf Gewährung derselben geklagt. Er bezog sich zu Begründung der Klage auf die gedachten Thatsachen und führte noch an, daß der Fiscus dem Beklagten stets die Entnehmung des nöthigen Wassers aus dem fiscalischen Flusse gestattet habe. Der Beklagte leugnete die Wahrheit dieses Anführens, knüpfte daran die Erzählung, daß diejenige Person, welcher die Fischerei in dem fiscalischen Fluße verpachtet war, durch gewisse Vornehmungen in dem Letztern einen Theil des Wassers ihm entzogen habe, so daß er in dem einen Jahre blos so viel und in dem andern blos so viel Gänge gleichzeitig habe in Umtrieb setzen können, und verlangte auf den Grund dieser Erzählung eine Verminderung des Mehlzinses. Die Juristenfacultät, welche das erste Erkenntniß zu fertigen hatte, fand des Klägers gedachtes und von dem Beklagten verneintes Anführen für überflüssig, und des Letztern Vorbringen für unerheblich, und verurtheilt den Beklagten ganz nach dem Klaggesuche. Durch Appellation des Beklagten erwuchs die Competenz des Bezirksappellationsgerichts, und dieses wies die Klage in der Maaße, wie sie angebracht worden, ab, compensirte jedoch alle bis dahin in der Sache erwachsene Kosten, indem es sagte, daß der Kläger keineswegs angeführt habe, wie er doch hätte anführen sollen, daß die Möglichkeit des vollen Umtriebes der Hauptgänge der Mühle, und zu welcher Zeit sie stattgefunden haben. Der Kläger wendete Appellation hiergegen ein, und stellte als Appellationsbeschwerden auf, daß das vorige Erkenntniß nicht allenthalben bestätigt, vielmehr aufgehoben, die Klage abgewiesen und die Compensation der Kosten ausgesprochen worden, so wie eventuell, daß mindest auf Beweis der Klage hätte erkannt werden sollen. Das Oberappellationsgericht reformirte darauf auch in der That das Erkenntniß der Mittelinstanz, sprach auf Beweis des Anführens des Klägers, daß der Fiscus stets dem Beklagten das volle Wasser gewährt habe, compensirte jedoch ebenfalls alle bisher in der Sache erwachsene Kosten. Diese Entscheidung ward in der untern Instanz publicirt. Der Kläger ergriff daher nochmals das Rechtsmittel der Appellation,

und bezeichnete den ganzen Inhalt des Erkenntnisses als beschwerend, indem er die Wiederaufhebung desselben, die Herstellung des ersten Erkenntnisses und eventuell wenigstens ein Erkenntniß auf Beweis der Behauptung des Beklagten forderte, daß dieser jemals durch den Fiscus oder dessen Behörden an der Entnehmung des vollen Wassers aus dem fiscalischen Flusse behindert worden sei. Auch der Beklagte bediente sich dieses Rechtsmittels, indem er sich dadurch für beschwert erklärte, daß auf Beweis der Klage erkannt und nicht vielmehr das vorige Erkenntniß bestätigt worden sei. Das Oberappellationsgericht wies darauf diese Appellationen als unzulässig zurück, uud verurtheilte die Parteien in die, durch ihre Rechtsmittel veranlaßten Kosten, gab auch nachmals, als der Kläger auch hiergegen appellirt hatte, eine ganz gleiche Resolution. Die von demselben mitgetheilten Gründe lauten in den beiden erlassenen Verordnungen wörtlich, wie folgt. In der erstern Verordnung heißt es:

„Daß, so viel erstens des Klägers Rechtsmittel betreffe, das angefochtene Erkenntniß dritter Instanz das Urtel der zweiten Instanz, worin die Klage zurückgewiesen worden, lediglich zu dessen Gunsten dahin, daß er zum Beweise des Grundes der Klage zu lassen, reformirt habe, nun aber nach Vorschrift des Gesetzes vom 28. Jan. 1835., die höhern Justizbehörden ꝛc. betreffend, §. 12. coll. §. 26. nur demjenigen, zu dessen Nachtheile in dem ersten Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts eine Aenderung der vorigen Entscheidung erfolgt ist, die Einwendung eines nochmaligen Rechtsmittels nachgelassen sei; so viel aber zweitens des Beklagten Appellation betreffe, das Urtel erster Instanz, indem es Beklagten verurtheilte, und das Urtel dritter Instanz, indem es auf Beweis des Grundes der Klage interloquirte, insofern conform seien, als Beide die Statthaftigkeit der Klage anerkennen, somit hinsichtlich der Statthaftigkeit der Klage nach §. 12. alleg. Rechtskraft eingetreten sei, daher aber Beklagtem durch eine Appellation auf Abweisung der Klage anzutragen nicht weiter freistehe."

In der letztern Verordnung wird eine Wiederholung dieser Gründe ausgesprochen und dann so fortgefahren:

„Der Sache nach stimmt das Urtel des Oberappellationsgerichts mit den Erkenntnissen der vorigen Instanzen insofern überein, als

a) die angestellte Klage, wie in dem Erkenntnisse erster Instanz ebenfalls geschehen war, für schlüssig angesehen worden ist, hiernächst aber

b) in Uebereinstimmung mit dem Erkenntnisse zweiter Instanz ausgesprochen ward, daß nach Lage der Sache zur sofortigen Verurtheilung des Beklagten nicht zu gelangen sei.

Dagegen enthält jenes Urtel allerdings in so fern eine Abweichung von den Erkenntnissen der vorigen Instanzen, als auf Beweis interloquirt worden ist. Hierin liegt aber mit Rücksicht auf die Entscheidung zweiter Instanz offenbar eine Abänderung zu Gunsten des Klägers, und es war daher auch in dieser Beziehung nach §. 12. und 26. des angezogenen Gesetzes eine weitere Appellation desselben nicht zulässig. Bei Beurtheilung der Zulässigkeit einer gegen das erste Urtel des Oberappellationsgerichts eingewendeten Appellation ist nämlich der Inhalt der vorigen Erkenntnisse in seinem ganzen Zusammenhange in Erwägung zu ziehen, und eine Trennung ist unstatthaft. Dieß zeigt auch die Fassung des übrigens hier nicht einschlagenden §. 13., welcher von dem Falle handelt, wo das erste Urtel des Oberappellationsgerichts zugleich Punkte enthält, worüber in keiner der vorigen Instanzen erkannt worden war.

Der Zusatz des §. 12.: „Soweit dieses nicht der Fall ist ꝛc." würde überflüssig sein, wenn der Gesetzgeber der Partei, zu deren Gunsten in dem ersten Urtel des Oberappellationsgerichts eine Abänderung einer oder der andern Entscheidung der vorigen Instanzen enthalten ist, ebenfalls ein anderweites ordentliches Rechtsmittel hätte gestatten wollen. Auch der Natur der Sache nach müßte es unpassend erscheinen, wenn die der betreffenden Partei günstige reformatorische Entscheidung derselben das Befugniß gewähren sollte, nochmals zu remediren, da diese Partei sich bei dem Urtel beruhigen muß, wenn eine Bestätigung des vorigen Urtels erfolgt.

Der Umstand, daß in der dritten Instanz zuerst ein Interlocut in der Sache gesprochen worden ist, hat keinen Einfluß auf den Instanzenzug. Denn das Urtel des Oberappellationsgerichts enthält dennoch nur Punkte, über welche in den vorigen Instanzen bereits erkannt worden war."

Die einzelnen Grundsätze, welche in diesen Verordnungen ausgesprochen werden, sind folgende:

1) Bei Beurtheilung der Zulässigkeit einer gegen das erste Urtel des Oberappellationsgerichts eingewendeten Appellation ist der Inhalt der vorigen Erkenntnisse in seinem ganzen Zusammenhange in Erwägung zu ziehen, und eine Trennung ist unstatthaft.

2) Ein Erkenntniß, welches nach abgesetztem ersten Verfahren den Beklagten verurtheilt, und ein Erkenntniß, welches auf Beweis der Klage erkennt, sind mit einander im Sinne der §. 12. des Gesetzes vom 28. Januar 1835. conform, denn Beide erklären die Klage für schlüssig, und mithin haben die Parteien, wenn das letztere Erkenntniß von dem Oberappellationsgerichte gefällt worden ist, kein Rechtsmittel mehr wider dasselbe.

3) Ein Erkenntniß, welches die Klage in der Maaße, wie sie angebracht worden ist, abweist, und ein Erkenntniß, welches auf Beweis der Klage spricht, sind ebenfalls im Sinne der gedachten Paragraphe mit einander conform, denn Beide erklären, daß zu sofortiger Verurtheilung des Beklagten nicht zu gelangen sei, und folglich haben die Parteien, vorausgesetzt daß das letztere Erkenntniß von dem Oberappellationsgerichte ertheilt worden ist, kein Rechtsmittel weiter gegen dasselbe.

4) Wenn der Kläger in erster Instanz eine Verurtheilung des Beklagten erlangt hat, in zweiter Instanz mit seiner Klage abgewiesen worden ist, und auf sein hiergegen eingewendetes Rechtsmittel, mit welchem er die Herstellung des frühern Erkenntnisses fordert, eine auf Beweis der Klage sprechende Entscheidung des Oberappellationsgerichts erhält, so ist diese Entscheidung, wenn sie auch nicht im Sinne der gedachten Gesetzstelle als conform mit einer der vorherigen Entscheidungen angesehen werden könnte, im Sinne dieses Gesetzes zum Vortheile des Klägers ausgefallen, und es ist daher demselben kein Rechtsmittel mehr gestattet.

5) Derjenige, zu dessen Gunsten ein Erkenntniß früherer Instanz von dem Oberappellationsgerichte reformirt worden ist, kann schon nach der Natur der Sache nicht noch ein Rechtsmittel gegen die reformatorische Entscheidung einwenden, weil wenn nicht zu seinem Gunsten reformirt worden wäre, eine confirmatorische Entscheidung erfolgt, und er wegen alsdann vorhandener Conformität der Entscheidung des Oberappellationsgerichts mit einer der frühern Entscheidungen weitere Rechtmittel einzulegen behindert gewesen sein würde.

6) Wenn die beiden ersten Erkenntnisse definitiv ausgefallen sind, das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts aber ein Interlocut ist, so kann nicht in jedem Falle gesagt werden, daß dieß Interlocut ein novum sei, denn es kann dieses Interlocut über dieselben Punkte erkannt haben, worüber die frühern Definitiven gesprochen worden sind.

Dagegen lassen sich nun viele und wichtige Bedenken erheben.

Es liegt in dem Begriffe und in dem ganzen Wesen der Rechtskräftigkeit, und es ist unbestritten gewiß, daß außer der Form der eingewendeten Rechtsmittel blos der Inhalt derselben, d. h. der Complex der Beschwerdepunkte (gravamina), der Gegenstand der richterlichen Beurtheilung in der zweiten und dritten Instanz sein kann. Blos dann erkennt der Richter der obern Instanz auch über das, rechtskräftig entschiedene Material, wenn es mit den, durch die eingewendeten Rechtsmittel zur Entscheidung der höhern Instanz gebrachten Streitpunkten materiell so connex ist, daß es mit diesen steht und fällt. Die Beschwerdepunkte sind gewissermaaßen eben so viele Klagpunkte, und das auf eine bestimmte Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses gerichtete Verlangen des Remedirenden kann mit dem Klaggesuche verglichen werden; über den Inhalt der Klage und über den Umfang des Klaggesuchs darf aber bekanntlich der entscheidende Richter nicht hinausgehen. Daraus ergiebt sich folgerecht, daß bei Beurtheilung der Fragen, ob zwei, oder mehrere in demselben Instanzenzuge gesprochene Erkenntnisse mit einander conform seien, und ob das eine oder andere dieser Erkenntnisse durch die spätere Entscheidung zu Gunsten dieser oder jener Partei abgeändert worden sei, keineswegs der volle Inhalt der bereits gesprochenen Erkenntnisse, sondern ausschließlich derjenige Theil desselben, welcher von der remedirenden Partei zur wiederholten Prüfung in der zweiten und dritten Instanz dem Richter vorgelegt wird, also der Beschwerdepunkt ins Auge gefaßt werden darf. In dem in §. 13. des Gesetzes beispielweise dargestellten Falle ist eine Billigung der entgegengesetzten Ansicht um so weniger zu finden, als der Gesetzgeber daselbst offenbar nur von dem, durch den Kläger aufgestellten Gravamen spricht. Denn der Fall ist einfach der: Die Klage ist in dem frühern Erkenntnisse abgewiesen worden, der Kläger findet sich dadurch beschwert, appellirt und fordert die Verurtheilung des Beklagten, welche hierauf auch durch das reformatorische Erkenntniß ausgesprochen wird.

Erscheint hiernach der Grundsatz unter 1. nicht richtig, so können auch die aus ihm abgeleiteten Sätze unter 2. und 3. nicht richtig sein. Diese beiden Sätze sind aber um so gewisser nicht richtig, als ihnen gar nicht die Auffassung des vollen Inhalts der bereits gesprochenen Erkenntnisse, ja nicht einmal die Auffassung des ungeschmälerten Inhalts der Beschwerdepunkte zu Grunde liegt. Der Beklagte, welcher seine, in dem vorherigen Erkenntnisse ausgesprochene Verurtheilung aufgehoben wissen will, ist durch das, auf Beweis der Klage gerichtete reformatorische Erkenntniß noch nicht völlig befriedigt, und eben so wenig ist es der Kläger, welcher gegen die erkannte Abweisung der Klage die Wiederherstellung der vorher ausgesprochenen Verurtheilung des Beklagten fordert und nur ein Interlocut auf Beweis der Klage erlangt. Sind aber in diesen Fällen die Beschwerdepunkte der Parteien nicht vollständig erledigt, so kann auch hier von einer Conformität zweier Erkenntnisse im Sinne der §. 12. des Gesetzes nicht die Rede sein, denn eine solche Conformität setzt die Erfassung des ganzen Umfanges der Beschwerdepunkte voraus. In dem Falle, welcher dem Satze unter 2. unterlegt ist, kann der Kläger darüber sich nicht beschwert finden, daß seine Klage für schlüssig erachtet worden ist, und es wird ihm auch nicht beikommen, hierauf einen Beschwerdepunkt zu richten; allein er kann sich deshalb für beschwert erachten, daß während vorher unbedingt definitiv, und zwar ganz zu seinem Gunsten, erkannt gewesen ist, nunmehr blos bedingt definitiv gesprochen worden ist, so daß die Frage, ob das bedingte Erkenntniß zu seinem Gunsten dereinst werde in ein unbedingtes verwandelt werden, von dem anderweit entscheidenden Richter noch im Ungewissen gelassen worden ist. Auf den Grund dieser Beschwerde kann er ein Rechtsmittel bauen, und es ist unzulässig, dieses Rechtsmittel deshalb zurückzuweisen, weil in den vorherigen Erkenntnissen solche Punkte enthalten sind, welche der Kläger nicht weiter angefochten hat.

In dem Falle, welcher dem Satze unter 3. unterliegt, ist um so weniger eine Conformität der Erkenntnisse vorhanden, als das, die Klage, wenn schon nur in der Maaße, wie sie angebracht worden ist, also nur in ihrer jetzigen Form zurückweisende Erkenntniß jedenfalls eine, zu Gunsten des Beklagten ausgefallene, und zwar unbedingt definitive Entscheidung dieses Processes ist, das Erkenntniß auf Beweis der Klage dagegen eine blos bedingt definitive Ent-

scheidung ist, wie dieß bereits oben gesagt worden ist und von Niemandem bezweifelt wird, welche später eben so leicht zum Nachtheile, wie zum Vortheile des Beklagten purificirt, also in eine unbedingte Verurtheilung verwandelt werden kann [7]). Es erhellt daher, daß der Beklagte, je nachdem jenes oder dieses Erkenntniß gefällt worden ist, in einer sehr verschiedenen materiell rechtlichen Lage sich befindet. Er befindet sich aber auch in einer sehr verschiedenen processualischen Lage, was wohl nicht weiter auseinandergesetzt zu werden braucht.

Der Wegfall der Entscheidungsconformität in den, den Sätzen unter 2. und 3. unterstellten Fällen tritt alsdann auf das Ueberzeugendste hervor, wenn man die Fälle umkehrt, also annimmt, daß erst auf Beweis der Klage erkannt und später die Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen, oder die Klage abgewiesen worden ist. Wir denken, daß bei solcher Gestaltung der Fälle Niemand auf das Vorhandensein einer Conformität der Entscheidungen verfallen wird.

Ist es wahr, daß nur das Material der Beschwerdepunkte Gegenstand der, durch die eingelegten Rechtsmittel veranlaßten Entscheidungen der spätern Instanzen sein kann, und ist es ferner wahr, daß die Beschwerdepunkte in ihrem vollen Umfange von diesen Entscheidungen erfaßt und erledigt werden müssen, sei dieß nun gegen den Wunsch und das Verlangen der remedirenden Partei, oder dafür, so folgt auch consequent, daß der Satz unter 4. nicht richtig ist. Wenn ein Kläger erst eine Verurtheilung des Beklagten erlangt hat, dann mit der Klage abgewiesen worden ist, und in der dritten Instanz auf sein Verlangen der Herstellung des ersten Erkenntnisses ein Interlocut auf Beweis der Klage erringt, so ist er zwar durch das dritte Erkenntniß im Zusammenhalte mit dem zweiten in Vortheil gestellt, keineswegs dagegen ist er es auch in der Vergleichung des dritten Erkenntnisses mit dem ersten, und es kann nicht eher gesagt werden, daß das dritte Erkenntniß in dem, in §. 12. des Gesetzes gemeinten Sinne zum Vortheile des Klägers das zweite Erkenntniß abgeändert habe, bis durch das dritte Erkenntniß der Beschwerdepunkt des Klägers vollständig zu dessen Gunsten erledigt, d. h. also in dem gegebenen Falle bis durch das

---

7) Mittermaier, a. a. O. Bd. II. p. 143. 156. 157. Linde, Lehrb. des teutschen gemeinen Civilpr. §. 245. 381.

dritte Erkenntniß das erste völlig wieder hergestellt worden ist. Und in der That glauben wir, daß wenn der Gesetzgeber bei dem Mangel der Conformität des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts mit einer der frühern Entscheidungen blos dem, durch jenes Erkenntniß Benachtheiligten noch ein Rechtsmittel verstattet wissen will, derselbe in dem Gegensatze nur etwas ausgesprochen hat, was durch die Natur der Sache geboten wird. Denn es ist gar nicht denkbar, daß diejenige Partei, deren Beschwerdepunkte durch das zuletzt ertheilte Erkenntniß vollständig zu ihrem Gunsten erledigt worden sind, noch ein Rechtsmittel einzuwenden Grund hätte, und es würde ein solches Rechtsmittel nothwendig ein remedium coecum sein müssen.

Wenn dem so ist, so kann auch der Satz unter 5. nicht richtig sein. Die Unrichtigkeit desselben wird aber noch dadurch dargethan, daß der, zu Gunsten der einen Parthei ertheilten reformatorischen Entscheidung keineswegs ausschließlich der Fall entgegengestellt werden darf, wo zu dem Nachtheile derselben Partei confirmatorisch entschieden wird, wie dieß in dem Satze geschehen ist, daß vielmehr einer solchen reformatorischen Entscheidung auch der Fall entgegengestellt werden muß, wo zum Nachtheile dieser Partei reformirt wird. Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn in dem ersten Erkenntnisse die Klage in der Maaße, wie sie angebracht worden ist, zurückgewiesen, in dem zweiten Erkenntnisse auf Beweis der Klage gesprochen, und in dem dritten Erkenntnisse, nachdem beide Parteien Rechtsmittel eingewendet gehabt, die Klage für schlechterdings unstatthaft erklärt worden ist.

Wir haben schon oben, wo eine Vergleichung des Beweisinterlocuts mit dem eigentlich sogenannten Definitiverkenntnisse gegeben wurde, angedeutet, daß die Lage der Parteien, sowohl materiellrechtlich, als auch formellrechtlich d. h. processualisch eine verschiedene sei, je nachdem ein Interlocut oder eine Definitivsentenz gesprochen worden. Sicher ist dem auch nicht anders, indem mit unbedingt definitiver Feststellung der Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien der Proceß sistirt, und über das bisher Streitige volle Gewißheit unter den Parteien erlangt wird, während im Falle jeder andern Entscheidung der Proceß fortdauert, und die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien ungewiß bleiben, auch nach der Verschiedenheit des Inhalts der Interlocute die processualischen Stellungen der Parteien, indem dieselbe Partei bald die Rolle des Klä-

gers, bald die des Beklagten zu übernehmen hat, verschieden sein können. Deshalb muß auch in dem Falle, wo auf eine Definitiventscheidung der frühern Instanz eine interlocutorische der folgenden gesprochen wird, und umgekehrt, die letztere Entscheidung jedesmal ein novum enthalten. Es wird nicht bestritten werden können, daß dieß novum ein formelles d. h. ein processualisches sei. Es ist dasselbe aber auch zugleich ein materielles, da sollte es auch nur mit denselben Punkten sich befassen, worüber früher definitiv gesprochen worden ist, dennoch immer demselben eine ganz veränderte Auffassung dieser Punkte zu Grunde liegt. Der Satz unter 6. ist daher ebenfalls nicht richtig.

Unsere in diesen Bemerkungen vertheidigte Meinung geht daher dahin, daß eine Conformität zweier Erkenntnisse in dem Sinne der §. 12. des Gesetzes vom 28. Jan. 1835. blos dann vorhanden sei, wenn das spätere Erkenntniß diejenigen Punkte, welche von der remedirenden Partei als beschwerend bezeichnet worden sind, auf gleich umfängliche Weise bestätigt hat, wie sie in dem vorangegangenen Erkenntnisse aufgefaßt sind [9]). Und das spätere reformatorische Erkenntniß kann blos dann im Sinne desselben Gesetzes als zum Vortheile der remedirenden Partei ausgefallen erachtet werden, wenn es die Beschwerdepunkte dieser Partei in ihrem vollen Umfange zu deren Gunsten erledigt hat.

Damit sprechen wir aus, daß die oben wörtlich gegebenen zwei Verordnungen unsern Beifall in der Hauptsache nicht haben können. Wir billigen sie blos in soweit, als in dem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts, gleichwie in dem des Appellationsgerichts, die Kosten des ganzen Processes unter den Parteien compensirt worden waren, hierin also Conformität der Erkenntnisse vorhanden war, und mithin gegen diesen Punkt ein Rechtsmittel nicht weiter zugelassen werden konnte.

In den so eben erschienenen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden über wichtigere Streitfragen des Ci-

---

9) Die Oestreich'sche Allg. Ger. Ordn. v. 1781., welche nach der Meinung von Linde, Handbuch a. a. O. §. 78. die nächste Veranlassung zu der, in die meisten Particularrechte übergegangenen Beschränkung der Rechtsmittel durch die Conformität der Erkenntnisse gegeben hat, scheint diese Ansicht zu bestätigen, indem sie §. 260. bestimmt: „Die Revision ist nicht zuzulassen, wenn der Spruch erster Instanz von dem Appellationsgericht bestätigt worden ist, folglich kann, wenn der Spruch theils bestätigt, theils abgeändert ist, nur gegen jene Punkte revidirt werden, welche abgeändert worden sind.

vilrechts, von Christoph Flach, Th. I. Gießen 1842. befindet sich unter Nr. XXIV. eine Abhandlung: „Ueber die Frage, wann ein Urtheil der zweiten Instanz mit jenem erster Instanz als in der Hauptsache gleichlautend zu betrachten sei." Darin wird jedoch unser Gegenstand nur leise berührt, indem der Verfasser blos einen Fall mittheilt, der in Kürze folgender ist. In einer Alimentationssache wird der Beklagte verurtheilt, er appellirt, indem er die exceptio congressus cum pluribus als ein novum vorbringt, es erfolgt in der Mittelinstanz eine confirmatorische Entscheidung, der Beklagte appellirt nochmals, indem er behauptet, es sei in der Mittelinstanz zuerst über sein novum erkannt worden, und mithin eine Conformität zweier Erkenntnisse (die seinem Rechtsmittel entgegenstehen würde) nicht vorhanden, das Oberappellationsgericht erklärt aber das Rechtsmittel wegen vorhandener Conformität zweier Erkenntnisse für unstatthaft.

XLIII.

Ueber die rechtlichen Wirkungen des congressus cum pluribus.

Die Dotation, welche der Stuprirten von dem Stuprator als eine Entschädigung dafür gegeben werden muß, daß ihr durch die vitiatio pudicitiae die Aussicht auf Verehelichung erschwert worden ist, fällt bekanntlich hinweg, wenn die Stuprirte nicht mehr als eine unberüchtigte Frauensperson erscheint, oder wenn sie dem Stuprator die Wahl zwischen der Alternative, entweder sie zu ehelichen oder sie auszustatten, entzogen hat. Hat die Stuprirte zu derselben Zeit, wo sie einer bestimmten Mannsperson sich hingegeben, noch mit Andern den Beischlaf ausgeübt, so kann man sie nicht eine unberüchtigte Frauensperson nennen, und wenn sie aus einer dieser mehrern Umarmungen schwanger geworden ist, so hat sie den einzelnen Costupratoren jene Wahl gewissermaaßen moralisch unmöglich gemacht, indem keiner der Costupratoren auf die pudicitia der Geschwächten vertrauen, und keiner, daß er der Vater des erzeugten Kindes sei, wissen kann. Daher ist es denn auch jetzt nicht weiter bestritten, von den Lehrern weder des gemeinen, noch des sächsischen Rechts, daß eine Geschwächte, welche in der Zeit, aus welcher die Erzeugung ihres Kindes herstammen kann, mit mehrern Mannspersonen fleischlich sich vermischt hat, von keinem der Costupratoren eine Dotation zu fordern berechtigt ist, und daß der Einzelne, welcher von ihr auf Gewährung einer solchen in Anspruch genommen worden ist, die exceptio congressus cum pluribus mit dem Erfolge vorschützen kann, daß die Klägerin nach dem Beweise dieser Exception mit dem Anspruche auf Dotation zurückgewiesen wird. Dabei ist es einerlei, ob der Beischlaf mit den übrigen Costupratoren früher oder später, als mit dem Verklagten, ausgeübt

worden ist; und selbst dann kann die Geschwängerte keine Dotation fordern, wenn sie erst nach der gewiß gewordenen Schwangerschaft mit einem Andern, als dem Verklagten, sich eingelassen hat. Auch der sächsische Gesetzgeber scheint diese Ansicht zu billigen, da in dem Rescripte vom 7. Febr. 1803. (C. A. C. III. p. 1. p. 199.) eine berüchtigte Frauensperson diejenige genannt wird, welche mehrern Mannspersonen sich Preis giebt, und da nach dem Mandate, einige Bestimmungen über die Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder betreffend, v. 12. Nov. 1828. §. 5. (Gesetzsamml. p. 256.) die exceptio congressus cum pluribus blos dem Alimentationsanspruche gegenüber unstatthaft sein soll.

Es fragt sich jetzt, welchen Einfluß der bezeichnete congressus cum pluribus auf den Alimentationsanspruch äußert.

Gesteht der Verklagte zu, daß er mit der Geschwängerten innerhalb des angemessenen Zeitraumes den Beischlaf ausgeübt habe, excipirt aber und beweist, daß sie zur Zeit dieses Beischlafs bereits schwanger gewesen sei, so hat die Beurtheilung des congressus cum pluribus keine Schwierigkeit: der Verklagte muß von der Klage losgezählt werden [1]). Wird aber behauptet, daß die Geschwängerte zu gleicher Zeit mit mehrern Mannspersonen fleischlich sich vermischt habe, so daß nur die Vaterschaft des Einen oder Andern, insbesondere die des Verklagten, ungewiß sei, liegt also der von Einigen eigentlich sogenannte congressus cum pluribus vor, so ist das Verhältniß ein anderes nach gemeinem Rechte, und ein anderes nach sächsischem. Busch [2]) hat nachgewiesen, daß der Grund der Alimentationspflicht des Vaters unehelicher Kinder [3]) in der Vermuthung der, in seiner Entstehung als ein für die äußern Sinne unerkennbares Factum sich darstellenden Erzeugung des Kindes beruht, und daß diese Vermuthung blos unter der Voraussetzung begründet ist, es habe die Mutter des Kindes in dem Zeitraume, aus welchem die Erzeugung des Kindes herrühren kann, blos mit einer bestimmten Mannsperson fleischlich sich vermischt. Die Folge hiervon ist, daß wenn die Mutter in diesem Zeitraume mit mehrern Mannspersonen den Beischlaf ausgeübt hat, die Unterlage jener Vermuthung verwischt, und obgleich die Er-

---

1) Curtius, Handb. des sächs. Privatr. Ausg. von Hänsel, §. 155. not. e.

2) Archiv f. c. P. Bd. XXIII. Abh. 7. p. 216. ff.

3) Deren Umfang er analog dem Umfange der römisch-rechtlichen Pflicht, die Concubinenkinder zu ernähren, bestimmen will.

zeugung des Kindes gewiß ist, dennoch die Vaterschaft ungewiß wird, daß es daher an der Grundlage der Alimentationspflicht der männlichen Concumbenten fehlt, mithin auch keiner der Costupratoren auf Alimentation des Kindes in Anspruch genommen werden, der in Anspruch Genommene aber mit der exceptio congressus cum pluribus sich schützen kann. Busch weicht demnach in der Begründung der Alimentationspflicht des Stuprators von der gewöhnlichen Doctrin ab, nach welcher die Grundlage dieser Pflicht in einem Delicte oder in der Verwandschaft des Vaters zum Kinde zu suchen sein soll [4]), stimmt aber hierin mit von Schröter [5]) überein. Dagegen weicht Dieser in den Consequenzen von Jenem ab, da er in dem Falle der Costupration eine solidarische Verpflichtung aller Costupratoren zur Alimentation des Kindes annimmt. Dieß ist nun allerdings nicht richtig, indem daraus, daß die Vaterschaft eines bestimmten Stuprators ungewiß ist, mithin die Alimentationspflicht des Einzelnen rechtlich nicht begründet ist, unmöglich eine solche Verbindlichkeit der sämmtlichen Costupratoren, und insbesondere eine solidarische Verbindlichkeit derselben, gefolgert werden kann. Es fehlt also an einer rechtlichen Unterlage dieser Consequenz. Dagegen erscheint es billig, eine Alimentationspflicht der Costupratoren festzusetzen, da doch nun einmal das Kind erzeugt worden ist, und Einer der Costupratoren der Vater sein muß, die Mutter des Kindes aber zu hart behandelt werden würde, wollte man die, in jedem andern Falle der Mutter und dem Vater des unehelichen Kindes gemeinschaftlich obliegende Alimentationspflicht [6]) der Mutter allein und zwar blos deshalb aufbürden, weil sie durch den Mehrern gestatteten Beischlaf die nur auf Vermuthung gegründete Thatsache der Erzeugung noch ungewisser gemacht hat, als sie an sich ist. Es ist daher Aufgabe der Particulargesetzgebung, hierüber Bestimmung zu treffen [7]). In Sachsen wurde früher die exceptio congressus cum pluribus, der Alimentationsklage gegenüber, zugelassen, und die Wirkung des gelieferten Be=

---

4) S. die im Archiv f. c. P. a. a. O. p. 216. f. not. 1. und 3. citirten Schriftsteller, denen noch, was Sachsen betrifft, beizufügen sind Hänsel, Excurse, Bd. I. p. 296. ff. Bd. II. p. 498. Gottschalk, disc. for. T. I. c. 28. p. 300.

5) In der Linde=Marezoll'schen Zeitschrift Bd. V. nr. 21. p. 300. ff.

6) S. c. 5. sub fine X. de eo, qui duxit (IV. 7.) Busch, a. a. O. p. 220. f.

7) Die Gründe des öffentlichen Rechts, auf welche eine solche Bestimmung gebaut sein kann, gehören nicht hierher.

weises derselben bestand darin, daß der auf Alimente in Anspruch genommene Stuprator von der Klage losgesprochen wurde [8]). Die neusten gesetzlichen Bestimmungen sind in dem oben bereits gedachten Mandate §. 5. enthalten, und lauten:

Die Einrede, die Vaterschaft sei ungewiß, weil die Mutter sich mit Mehrern eingelassen habe, ist nicht zu beachten, und zwar ohne Unterschied, ob die Mutter oder ein Vormund des Kindes die Klage angestellt hat. Es steht jedoch dem in das Ganze Verurtheilten frei, von den Uebrigen einen verhältnißmäßigen Beitrag, der, in Ansehung der jährlichen Unterhaltungssumme, nach ihrem ohngefähren Vermögen oder Einkommen zu bestimmen ist, mittelst besonderer Klage zu fordern.

Hiernach liegt den Costupratoren eine solidarische Alimentationspflicht ob, es steht in der Willkühr der Geschwächten, welchen derselben sie auf Erfüllung dieser Pflicht in Anspruch nehmen will, der Verurtheilte muß ihr das volle gesetzliche Alimentationsquantum geben, er kann aber die übrigen Costupratoren zur Mitleidenheit herannehmen und zu diesem Zwecke gerichtlich sie belangen, ohne daß es hierzu einer Klagabtretung Seiten der Geschwächten bedarf.

Es dringen sich hierbei folgende drei Fragen auf:

1) Unter welchen Bedingungen ist dieser Regreß des einen Costuprator an den Andern statthaft?

2) Kann die Geschwächte oder der Vormund des Kindes selbst die mehrern Stupratoren auf einmal, und zwar in solidum oder wenigstens pro rata, gerichtlich belangen?

3) Kann nicht wenigstens mit Anstellung der Alimentationsklage gegen die mehrern Stupratoren variirt werden?

Hänsel, welcher in den Excursen Bd. II. p. 497. f. ebenfalls diese drei Fragen sich gestellt hat, beantwortet die erste Frage dahin, daß es der Vorschützung der exceptio congressus cum pluribus gegen die, von der Geschwächten oder dem Vormunde des Kindes erhobenen Alimentationklage nicht bedürfe, weil die Ausflucht gegen

8) Curtius, a. a. O. §. 155. Zwar ist in der not. e. angegeben, die Wirkung habe darin bestanden, daß die sämmtlichen Stupratoren zur Alimentation des Kindes pro rata verbunden gewesen seien; allein dieß ist keine Ansicht sächsischer Rechtslehrer, sondern die Ansicht einiger Lehrer des gemeinen Rechts, worüber theils die in dieser Note, theils die bei Hänsel, Excurse, Th. I. p. 317. citirten Schriftsteller nachzusehen sind.

diese Klage nicht beachtet werden könne, daß aber der Verurtheilte, greife er einmal zu der Regreßklage, nach Anleitung der, von Hommel, rhaps. obs. 601. angegebenen Gründe, alle übrigen Costupratoren auf einmal in Anspruch nehmen müsse, und keineswegs dagegen den Einen oder Andern derselben sich auswählen dürfe [9]). Der Satz, daß eine Ausflucht da, wo sie unnütz ist, auch nicht vorgeschützt zu werden braucht, ist ohne Zweifel richtig. Davon aber, daß die Regreßklage gegen alle Costupratoren auf einmal gerichtet werden müsse, können wir uns nicht überzeugen. In der citirten Stelle von Hommel, welche de universitate, collegio vel familia delinquente handelt, haben wir einen Grund für diese Ansicht zu finden nicht vermocht. Auch in dem Gesetze finden wir einen solchen nicht, und eben so nicht in der Natur der Regreßklage, welche von dem, aus einer solidarischen Verbindlichkeit zu Bezahlung der ganzen Obligationssumme verurtheilten correus debendi gegen die übrigen correi angestellt wird. Man mag diese Regreßklage als die, auf den verurtheilten Stuprator übergegangene Alimentationsklage oder als eine actio negotiorum gestorum utilis ansehen [10]), jedenfalls kann man dem verurtheilten Stuprator nicht ansinnen, daß er vor Anstellung der Regreßklage die Zahl und den Namen der übrigen gesammten Costupratoren ausmittele, und der einzelne Costuprator, welcher von dem bereits Verurtheilten mit der Regreßklage in Anspruch genommen wird, kann sich über eine Zuvielforderung nicht beklagen, da er von der Geschwächten oder von dem Vormunde des Kindes wegen der vollen Alimentationspflicht hätte in Anspruch genommen werden können, und ihm,

9) Hänsel erwähnt bei dieser Gelegenheit, daß der, auf Alimente belangte und verurtheilte Ehebrecher von dem Ehemanne einen Alimentenbeitrag nicht fordern könne, weil die Beitragspflicht nur denjenigen obliege, die ebenfalls in facto illicito versiren, wie jener, der den Beitrag fordert. Die Sache geben wir zu, jedoch nicht den Grund. Der Ehemann kann in dem gedachten Fall deshalb nicht auf einen Alimentenbeitrag belangt werden, weil die Verurtheilung des Ehebrechers voraussetzt, daß das Kind gar nicht von dem Ehemanne erzeugt worden sein könne, weil also hier eine eigentliche Costupration gar nicht vorliegt. Hat der Ehemann zu gleicher Zeit mit seiner Ehefrau den Beischlaf ausgeübt, wie der Ehebrecher, ist also der Fall der eigentlichen Costupration vorhanden, so kann der Ehebrecher zu Alimentation des Kindes gar nicht verurtheilt werden, weil ihn die Präsumtion: pater est quem justae nuptiae demonstrant, schützt, auch wenn er sich nicht darauf berufen hat.

10) S. Glück, Pandectencomm. Bd IV. §. 339. p. 528. Schweppe, römisches Privatr. §. 374. Sell in der Linde-Marezoll'schen Zeitschrift. Bd. III. p. 370. ff. Bd. IV. p. 17. ff.

wie die Praxis gar nicht zweifelt, die weitere Regreßklage auf Gewährung eines verhältnißmäßigen Zuschusses zu dem Beitrage, in welchen er selbst zu Gunsten des gegen ihn mit der Regreßklage Aufgetretenen verurtheilt wird, gegen die übrigen, ihm bekannt gewordenen Costupratoren zusteht. Fordert man als Bedingung des Bestehens der Regreßklage, daß der verurtheilte Stuprator alle übrigen Costupratoren auf einmal verklage, will man also der exceptio congressus cum pluribus die Wirkung der Zurückweisung der Regreßklage auf den Grund eines, in keine Weise von dem Kläger verschuldeten Formmangels beilegen, oder behandelt man wohl auch die Ausflucht als eine peremtorische, deren Wirkung also die theilweise Lossprechung von der Forderung ist, — so wird in dem einen, wie in dem andern Falle eine neue exceptio congressus cum pluribus ganz eigenthümlicher Art eingeführt, indem bis jetzt der Praxis die exceptio congressus cum pluribus blos in dem Sinne bekannt gewesen ist, daß sie der, von der Geschwächten oder von dem Vormunde des Kindes erhobenen Klage entgegengestellt wird, und die gänzliche Lossprechung von derselben bewirkt. Ueberdem wäre diese exceptio, als peremtorisch behandelt, durchaus nicht geeignet, einen zweiten Proceß überflüssig zu machen, denn sie mag bewiesen werden oder nicht, jedenfalls bleibt noch die Klage gegen die übrigen, bisher nicht in Anspruch genommenen Costupratoren offen, welche von dem, der Geschwächten oder dem Vormunde des Kindes gegenüber verurtheilten Stuprator, wenn die exceptio bewiesen worden, von dem, in der Regreßsache verurtheilten Costuprator aber, wenn die exceptio nicht bewiesen worden, angestellt werden würde. Unbezweifelt endlich enthält die, gegen mehrere oder die sämmtlichen Costupratoren gerichtete Regreßklage eine cumulatio actionum subjectiva, indem die Beklagten zwar auf Gewährung desselben Gegenstandes, nämlich von Alimentenbeiträgen (wenn schon nicht derselben Größe), jedoch aus verschiedenen Handlungen, von denen eine jede für sich besteht, in Anspruch genommen werden; eine cumulatio actionum subjectiva aber ist, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich ein Anderes verordnen, wegen der processualischen Uebelstände, welche jederzeit aus derselben zu befürchten sind, niemals zuzulassen [11]). Wir sind daher der Mei-

---

11) S. jedoch hierüber Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, neue Folge Bd. II. Heft 2. p. 174. Leipzig 1841.

nung, daß die Regreßklage gegen jeden Einzelnen der Costuprato-
ren gerichtet, und dessen Verurtheilung auch ohne Rücksicht darauf,
daß außer ihm noch mehrere Stupratoren vorhanden sind, gefor-
dert, die exceptio congressus cum pluribus aber nicht beachtet
werden kann. Und wir halten sogar dafür, daß die Regreßklage
gegen mehrere Costupratoren nicht angestellt werden darf. Die
Gründe dafür sind, außer den von der cumulatio actionum sub-
jectiva entlehnten Bedenken, dieselben, welche uns bestimmen, die
zweite der obigen Fragen zu verneinen. S. unten.

Der Stuprator, welcher der Geschwächten oder dem Vormunde
des Kindes gegenüber zu Alimenten verurtheilt worden ist, braucht
sich übrigens zu Begründung der Regreßklage nicht auch darauf
zu berufen, daß er der Verurtheilung bereits Gnüge geleistet habe;
es ist dieß um so gewisser unnöthig, als entgegengesetzten Falls die
Regreßklage entweder erst nach Verlauf der ganzen Zeit, auf welche
die Alimente entrichtet zu werden pflegen, also nach des Kindes er-
fülltem vierzehnten Lebensjahre, angestellt werden dürfte, oder eben
so oft, als ein Alimententermin von dem Stuprator berichtigt wor-
den ist, wiederholt werden müßte.

Die zweite und die dritte Frage wird von Hänseln, Excurse,
Bd. II. p. 497. bejahend beantwortet. Es soll die Alimenta-
tionsklage der Geschwächten oder des Vormundes des Kindes gegen
alle Costupratoren zugleich auf eine rata pars angestellt werden
können, indem die Geschwächte oder der Vormund damit eines, zu
ihrem Gunsten eingeführten Rechts sich begeben, und die Beklag-
ten, weit entfernt, dadurch beeinträchtigt zu werden, Ursache haben
dafür sich zu bedanken; es soll auch mit der Alimentationsklage in
Ansehung der verschiedenen Costupratoren in allen Fällen variirt
werden können, indem dieß in dem Sinne des Gesetzes zu liegen
scheine. Wir halten diese Meinung nur zum Theile für begründet.
Wir glauben, daß die Geschwächte oder der Vormund des Kindes
nur Einen der mehrern Stupratoren auf Alimente in Anspruch
nehmen, und erst dann, wenn der Verklagte entweder wegen des
nicht gelieferten Beweises der Klage ganz losgesprochen oder zwar
verurtheilt worden, jedoch zahlungsunfähig, also frustra excussus
ist, gegen einen zweiten oder dritten Costuprator die Alimentations-
klage anstellen können. Die von der Geschwächten oder dem Vor-
munde wider mehrere Costupratoren erhobene Alimentationsklage
würde ebenfalls eine cumulatio actionum subjectiva enthalten,

und es würden ihr dieselben hiervon entlehnten processualischen Bedenken entgegenstehen, wie der gegen mehrere Costupratoren erhobenen Regreßklage. Es bedarf auch gar nicht einer Zusammenfassung aller Costupratoren in einer Klage, da der Vermögendste unter ihnen herausgehoben werden, und dieser mit dem Anführen, daß noch Andere mit der Geschwächten den Beischlaf ausgeübt haben, seine Verurtheilung in den vollen Alimentationsbetrag nicht abwenden kann. Die wider mehrere Stupratoren angestellte Alimentationsklage leidet zudem an innerer Unhaltbarkeit, indem sie den Grund jeder Alimentationsklage, nämlich die, aus dem Beischlafe mit einer bestimmten Mannsperson entlehnte Vermuthung der Vaterschaft, geradehin aufhebt. Schon nach älterm Rechte war eine solche Klage völlig unzulässig, und das Mandat vom 12. Nov. 1828. hat sie keineswegs gebilligt. Denn damit, daß der Geschwächten und dem Vormunde gestattet worden ist, von den mehrern Stupratoren Einen in Anspruch zu nehmen, folgt durchaus nicht, daß auch Alle auf einmal verklagt werden können. Auch läßt sich nicht sagen, daß die Verklagten mehrere Stupratoren dafür, daß sie alle auf einmal belangt werden, sich nur zu bedanken hätten, denn es wird ihnen ein Kläger aufgedrungen, dem sie zu antworten gar nicht genöthigt werden können, und es werden ihnen die materiellen und auch formellen Exceptionen entzogen, welche sie denkbarer Weise der Regreßklage, wenn sie erhoben werden sollte, entgegenstellen können. Dagegen muß es gestattet sein, der wider den einen Costuprator erhobenen Alimentationsklage zu renunciren, so lange überhaupt nach den Proceßregeln und Gesetzen eine **renunciatio libelli** zulässig ist, und einen andern Costuprator in Anspruch zu nehmen, also in so weit mit der Alimentationsklage zu variiren, denn in diesem Falle besteht neben der letztern Klage nicht noch die erstere, es werden also nicht zwei Costupratoren auf einmal in Anspruch genommen, und wollte der zuerst in Anspruch Genommene die Klage mittels der **provocatio ex lege diffamari** wieder ins Leben rufen, wie ihm allerdings gestattet sein muß, so würde entweder die wider ihn neuerdings erhobene Klage als zur Zeit unstatthaft zurückgewiesen, oder dem Fortgange des, durch sie veranlaßten Processes Anstand bis zum Ausgange des gegen den zweiten Costuprator anhängig gemachten Processes gegeben werden. Endigt dieser letztere Proceß so, daß der zweite Costuprator absolvirt wird, weil der Grund der wider ihn erhobenen Klage nicht

erwiesen worden ist, so kann nunmehr jene Klage wider den zuerst Belangten wieder aufgenommen werden, wie denn überhaupt, wenn eine solche Lossprechung des einen Stuprators erfolgt ist, ein Zweiter auf Alimente belangt werden kann, weil in diesem Falle zwei neben einander existirende Klagen gar nicht vorhanden sind, und nicht einmal von dem Vorhandensein mehrerer Stupratoren gesprochen werden kann. Auch dann muß es gestattet sein, mit der Alimentationsklage einen zweiten Costuprator in Anspruch zu nehmen, wenn mit der früher gegen einen Andern erhobenen eine Verurtheilung erlangt worden, der Verurtheilte aber frustra excussus ist. Ein solcher Klagwechsel ist jedoch nicht aus dem eben angezeigten Grunde zuzulassen, sondern weil die wirkungslose Klage der definitiv zurückgewiesenen gleich geachtet werden muß, und zudem weil das Recht auf die Alimente nicht in die Hände des vergeblich ausgeklagten Costuprator gegeben werden kann, dem es vielleicht gar nicht beikommt, die übrigen Costupratoren zur Mitleidenheit zu ziehen oder, wenn er es gethan, das Erhaltene der Geschwächten oder dem Vormunde zu überlassen oder ihnen sein Klagrecht abzutreten. Ist aber der auf die erhobene Alimentationsklage verurtheilte eine Costuprator in der That zahlungsfähig, so kann die gleiche Klage gegen einen zweiten Costuprator nicht gestattet werden, denn es steht ihr entgegen, daß mit jener Verurtheilung das Recht der Alimentenforderung bereits wirksam anerkannt worden ist, daß daher der abermaligen Geltendmachung desselben Rechts, in welchem Umfange immer es sei, ein dolus zu Grunde liegt. In soweit also kann ein jus variandi der Geschwächten oder dem Vormunde nicht eingeräumt werden. Die Juristenfacultät zu Leipzig hat das Letztere jüngst in einer Klagabweisung anerkannt.

Zum Schlusse gedenken wir, daß alles vorstehend über den Alimenten- und Regreßanspruch Gesagte auch auf die Forderung der Geburts-, Tauf- und Begräbnißkosten sich bezieht, indem bekanntlich diese Kosten von demjenigen ebenfalls getragen werden müssen, welcher die Alimente für das uneheliche Kind zu geben schuldig ist. S. das Mandat v. 12. Nov. 1828. §. 4.

XLIV.

Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Nach gemeinem Rechte ist die Zahl der Fristverlängerungen, welche der Richter auf den einseitigen Antrag der Parteien verstatten darf, gänzlich der Willkühr des Richters anheimgegeben; nur hat er bei der zweiten und bei jeder spätern Fristverlängerung die sogenannte solemnitas legalis zu erfordern. S. Beitrag XXXIV. p. 184. Es bedarf daher, um die Verlängerung einer noch nicht abgelaufenen Frist zu erlangen, keineswegs der Berufung auf die, der antragenden Partei für ihre Person zustehende Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auf einen andern, speciellen Restitutionsgrund. Dagegen kann wider das Versäumniß an einer Frist die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden, wenn die Partei darum angesucht hat, und entweder eine Person ist, welcher die Rechtswohlthat als ein jus singulare zusteht, oder ein anderer specieller gesetzlicher Grund zur Restitution vorhanden ist. Diese Restitution wird nur einmal ertheilt, und ihre Frist beginnt von der Zeit an zu laufen, wo die Restitution gesucht werden kann; sie weicht also in so weit von der civilrechtlichen Restitution nicht ab [1]). Dieser Zeitpunkt ist in dem Falle, wenn die Restitution als ein jus singulare in Anspruch genommen wird, das tempus notitiae, welches im Zweifel mit dem Ablaufe der versäumten Frist zusammentrifft. Dieß deshalb, weil diese Restitution gesucht werden kann, auch ohne daß zuvor derjenige, welcher vielleicht die Schuld an dem Versäumnisse trägt, ausgeklagt worden ist. In gleicher Weise beginnt die Restitutionsfrist dann a tempore notitiae zu laufen, wenn zwar eine nicht

---

1) J., S. Beitrag XVIII. p. 101.

privilegirte Partei die Restitution gesucht hat, der Gegenstand des Versäumnisses jedoch unschätzbar (causa inaestimabilis) ist, indem hier ebenfalls die Regreßklage gegen denjenigen, welcher das Versäumniß verschuldet hat, nicht voranzugehen braucht. Ist aber der Gegenstand schätzbar (causa aestimabilis), so muß die Regreßklage vorangehen, und erst wenn der Beklagte frustra excussus ist, kann die Restitution gesucht werden.

Dagegen entfernt sich die processualische Restitution von der civilrechtlichen darin, daß während die civilrechtlichen Restitutionsfristen in der Regel länger sind [2]), die Restitutionsfrist wider das Versäumniß an einer processualischen Frist nicht ausgedehnter sein darf, als diese Letztere selbst [3]). Es ist dieß auf das Unzweideutigste in dem Reichsdeputationsabschiede v. J. 1600. §. 86. ausgesprochen:

„Als auch die restitutiones contra lapsum fatalium aut alius termini praejudicialis etwan hiezuvor lang hernach über viel Jahr oder Monat erst gebetten, und cognitio darüber angestellt, und darinn allerhand Ungleichheit befunden worden: So haben wir es aus wolerwogenen Bedenken dahin gestellt sein lassen, und geschlossen, daß keinem mehr Zeit ad petitionem instituendam, als er zuvor re adhuc integra gehabt, dießfalls nachgegeben und zuzulassen sein."

Stellt die causae cognitio den Verdacht einer calumnia heraus, so kann ohne Zweifel der Richter die Leistung eines jusjurandum calumniae speciale fordern; keineswegs aber ist dieser Eid eine in gleicher Weise unerläßliche Bedingung der Restitution, wie die solemnitas legalis erfordert wird, um die zweite und spätere richterliche Fristverlängerung zu erlangen.

Nach sächsischem Rechte kann der Richter in der Regel nur die erste und zweite Fristverlängerung, und zwar die zweite nur gegen Leistung der solemnitas legalis verstatten. Diejenigen aber, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus Rücksicht auf ihre Person zukommt, können eine dritte Fristverlängerung erhalten, und leisten erst bei dieser die solemnitas legalis. S. Beitrag XXXIV. p. 184. f. Die letztere Be-

---

2) S. Schweppe, römisches Privatr. §. 985.

3) Schweppe, a. a. O. §. 985. Makeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts, 10te Ausg. §. 744.

stimmung ist in der E. P. O. Tit. XX. §. 4. enthalten, und lautet so:

„Denen Unmündigen aber und andern, so das beneficium restitutionis in integrum zustehet, ist zwar die erstere Dilation, auch ohne Bescheinigung des impedimenti, sowohl die andere absque solemnitate legali, und wenn dieselbe oder ihre Vormünde, curatores, actores, syndici solche prästiren, auch die dritte Frist zu verstatten.

Es soll aber solches unter der Verwarnung: bei Verlust des beneficii restitutionis in integrum geschehen, und fället hingegen sodann, und wenn sie auch binnen dieser Zeit mit dem Beweise nicht einkommen, angeregtes beneficium dießfalls weg rc."

Damit sind die Worte des Erläuterungsrescripts vom 18. März 1732. (C. A. C. I. p. 1. p. 291.) in Verbindung zu bringen:

„Nachdem nun in unserer Erläuterung der Proceßordnung ad tit. 20. §. 4. ausdrücklich versehen, daß die Verstattung der dritten Frist unter der Verwarnung, bei Verlust des beneficii restitutionis in integrum geschehen solle, und also diejenigen, welche dieses beneficii theilhaftig, jedoch die dritte Frist unter vorerwähnter Verwarnung nicht ausgebracht, dessen und der Uebergabe einiger Additionalartikul bei solcher Bewandniß keinesweges verlustig zu achten; Als ist hiermit unser Begehren, ihr wollet euch darnach bei dergleichen vorkommenden Fällen im Sprechen gebührend achten und darauf rechtlich erkennen.

Die in diesen Gesetzen ausgesprochene Begünstigung, nach welcher eine dritte Fristverlängerung gesucht werden kann, ist also blos denjenigen Personen eingeräumt, welchen nach gemeinem und sächsischem Rechte die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zusteht, ohne daß sie, um deren Ertheilung zu erlangen, auf einen andern Grund, als auf ihre privilegirte Stellung sich zu berufen brauchen. Keineswegs dagegen können diejenigen nicht privilegirten Personen Anspruch auf diese Begünstigung machen, welche unverschuldet eine auf andere Weise, als durch die Restitution, nicht ausgleichbare Läsion erlitten haben, und welchen ein außerhalb ihrer persönlichen Eigenschaft liegender specieller Restitutionsgrund zur Seite steht.

Außer dieser persönlichen Eigenschaft sind die Bedingungen dieser Begünstigung

1) die Anführung und in gewissem Grade gelieferte Bescheinigung eines Umstandes, welcher die Vollziehung der vorzunehmen gewesenen Handlung in der bisher gelaufenen Frist gehindert hat. Es soll dieß nach dem ersten Gesetze bei dem Gesuche um die erste Fristverlängerung nicht, mithin gewiß bei dem zweiten, mehr aber noch bei dem dritten Fristverlängerungsgesuche, erforderlich sein; während die nicht privilegirten Personen schon bei dem ersten Fristverlängerungsgesuche ein solches Hinderniß anführen und einigermaaßen [4]) bescheinigen müssen. S. E. P. O. Tit. XX. §. 3.

2) Die Leistung der solemnitas legalis, welche zwar nach Ertheilung der Fristverlängerung erfolgen kann, zu welcher jedoch der um die dritte Fristverlängerung Ansuchende sich erbieten soll, wie denn die nicht privilegirten Personen schon bei dem zweiten Fristverlängerungsgesuche dazu sich zu erbieten haben [5]).

Bei der Ertheilung der dritten Fristverlängerung soll der Richter dem, dieselbe Suchenden den Verlust der ihm zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand androhen, d. h. er soll ihm erklären, daß wenn er die ihm obliegende Handlung innerhalb der ihm eingeräumten dritten Fristverlängerung nicht vollziehe, er nachmals auf den Grund jener Rechtswohlthat nicht weiter dazu werde gelassen werden. Es spricht dieß bereits die E. P. O. a. a. O. §. 4. deutlich aus, indem sie nicht etwa sagt: die zum dritten Male verlängerte Frist sei bei Verlust des beneficii restitutionis in integrum innenzuhalten, sondern: es sei die dritte Fristverlängerung unter der Verwarnung: bei Verlust des beneficii zu verstatten. Wäre dieß aber auch noch nicht aus der E. P. O. selbst deutlich, so ist es doch ohne Zweifel mit voller Klarheit in dem Erläuterungsrescripte ausgesprochen. Indessen wird dieses Rescript und jene Stelle in der E. P. O. nur zu häufig von den Richtern vergessen, und es wird nicht selten die dritte Fristverlängerung ertheilt ohne die Androhung des Verlusts des beneficii restitutionis in integrum. Es scheint daher der Mühe werth, ganz besonders darauf aufmerksam zu machen, daß eine solche Fristverlängerung für nicht ertheilt angesehen werden muß. Eine Folge hiervon ist nun zwar, daß die Frist, welche auf solche formell un-

4) S. hierüber Griebner, Discurs zu E. P. O. Tit. XX. §. 3. vox: beigebracht.

5) Griebner, a. a. O. vox: juramento und solemnitate legali.

stattha fte Weise das dritte Mal verlängert worden ist, für versäumt erachtet werden muß. Jedoch kann die Partei, welche die formell fehlerhafte Verlängerung erlangte, nach deren Ablaufe mit der ihr obgelegenen Handlung nicht zurückgewiesen werden, vielmehr ist sie immer noch, Kraft der ihr nach dem Civilrechte zustehenden Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, mit der Handlung zuzulassen. Denn wenn auch die E. P. O. diejenigen Personen, welchen diese Rechtswohlthat auf den Grund ihrer persönlichen Eigenschaft zusteht, in obiger Weise vor den nicht privilegirten Personen begünstigt, und wenn auch wieder von der andern Seite in dieser Begünstigung eine Beschränkung der civilrechtlichen Rechtswohlthat in sofern zu liegen scheint, als gegen das Versäumniß der, das dritte Mal vorschriftmäßig verlängerten Frist, welche jedenfalls kürzer ist, als die civilrechtlichen Restitutionsfristen, die Restitution mit der Berufung auf die privilegirte Eigenschaft der Partei allein nicht weiter erlangt werden kann, so ist doch damit durchaus nicht die Ertheilung der Restitution gegen die Versäumniß der entweder gar nicht oder nur zweimal oder nicht vorschriftmäßig das dritte Mal verlängerten Frist ausgeschlossen. Es ist dieß auch in dem Falle anerkannt, welchen das Erläuterungsrescript entscheidet. Dort hatte eine Partei, welcher die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen ihrer persönlichen Eigenschaft zukam, die dritte Verlängerung der Beweisfrist erlangt, ohne daß ihr dabei der Verlust der Rechtswohlthat angedroht worden war; nach Ablauf dieser dritten Verlängerungsfrist reichte sie noch Additionalartikel ein; sie mußte damit noch zugelassen werden, weil ihr die dritte Verlängerung nicht vorschriftmäßig ertheilt, weil sie also der Rechtswohlthat noch nicht verlustig worden war. In ganz gleicher Weise hat auch ohnlängst die Juristenfacultät entschieden, indem sie zugleich erklärte, daß die Partei mit ihrem Beweise zuzulassen sei, ohne daß es der angebotenen Leistung der solemnitas legalis bedürfe. Dieß Letztere wurde ausgesprochen, weil der Partei das beneficium restitutionis in integrum in Hinsicht auf die Bestimmungen des Civilrechts, keineswegs dagegen nach der Vorschrift der E. P. O. Tit. XX. §. 4. ertheilt wurde. Allerdings hätte die Partei nach Anleitung des gemeinen Rechts (s. oben) mit einem jusjurandum calumniae belegt werden können; dazu hätte es jedoch besonderer Voraussetzungen bedurft, welche in dem Falle nicht vorhanden waren.

Aus dem bisher Erörterten ergiebt sich, daß während nach gemeinem Rechte diejenigen Personen, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf den Grund ihrer persönlichen Eigenschaft zusteht, die Restitution nur gegen die bereits versäumte processualische Frist suchen können, nach sächsischem Rechte dagegen denselben zwischen dieser Restitution und der, in Hinsicht auf die, ihnen zustehende Rechtswohlthat ihnen zu ertheilenden dritten Fristverlängerung die Wahl zusteht [6]). Erlangen sie diese vorschriftmäßig, so haben sie die solemnitas legalis jedenfalls zu leisten, erhalten sie aber jene Restitution wider das Versäumniß, so leisten sie die solemnitas legalis nicht und können blos, wenn der Richter, gestützt auf gnügende Gründe, solches verlangt, zu einem jusjurandum calumniae angehalten werden. Nur in diesem Punkte erscheint die Restitution gegen das Versäumniß vortheilhafter für die zu restituirende Partei, als die Erlangung der dritten Fristverlängerung; keineswegs aber ist die Restitutionsfrist in jenem Falle länger, als in diesem. S. weiter unten.

Die nicht privilegirten Personen können gegen das Versäumniß an einer Frist Restitution fordern, wenn ein, von ihrer Person nicht entlehnter besonderer Restitutionsgrund angeführt und bescheinigt wird. Dieselbe Restitution kommt auch den privilegirten Personen zu, wenn schon sie die dritte Verlängerung einer Frist vorschriftmäßig erlangt und an dieser sich versäumt haben, denn es geht ihnen mit diesem Versäumniß blos diejenige Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verloren, welche sie auf den Grund ihrer persönlichen Eigenschaft in Anspruch zu nehmen berechtigt sind. Sie geben gewißermaaßen mit diesem Versäumnisse ihre Eigenschaft als privilegirter Personen, ihr jus singulare, für den gegenwärtigen Fall auf, und werden nunmehr als nicht privilegirt behandelt.

Der Restitutionsfrist, es mag einer privilegirten oder nicht privilegirten Partei die Restitution wider das Versäumniß ertheilt werden, pflegt der Gerichtsbrauch die gewöhnliche Dauer der civilrechtlichen Restitutionsfrist von vier Jahren beizulegen [7]). Es scheint dieß jedoch unrichtig. Schon Kori [8]) hat erklärt, daß eine

---

6) Biener, syst. proc. jud. §. 126.

7) Biener, l. l. §. 126. not. 8.

8) Kori und von Langenn, Erörterung practisch. Rechtsfragen Th. II. Abh. 13. p. 121. not. 2.

Partei nach verhangenem Versäumnisse an einer Frist zu dem Restitutionsgesuche auch in Sachsen keine längere Frist habe, als die versäumte Frist beträgt, indem die oben gedachte Stelle des Reichsdeputationsabschiedes v. J. 1600. auch in Sachsen Giltigkeit habe.

Und in der That ist eine sächsisch-rechtliche Bestimmung, welche dieses Reichsgesetz außer Giltigkeit setzte, gar nicht und um so gewisser nicht vorhanden, als im Gegentheile der Grundsatz, daß die Restitutionsfrist nicht ausgedehnter sein dürfe, als die versäumte Frist, in den Bestimmungen über die Restitution wegen neu aufgefundener Urkunden, über die Denomination anderer Zeugen an die Stelle der, vor ihrer Benutzung ohne Verschulden der Partei in Wegfall gekommenen [9]) und auch in der oben wörtlich gegebenen Stelle der E. P. O. selbst anerkannt worden ist. Diese Stelle bestimmt in Wahrheit eigentlich nichts Anderes, als daß denjenigen Personen, welche die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als ein jus singulare in Anspruch nehmen können, die Restitution bereits vor Ablauf der Frist, an der sie sich zu versäumen befürchten, ertheilt werden möge, wenn sie es verlangen, und es soll die Frist dieser Restitution nicht länger dauern, als diejenige, an welcher die Partei sich zu versäumen befürchtet. Wir finden nun keinen Grund zu der Annahme, daß die Frist der erst nach dem Versäumnisse gesuchten und erlangten Restitution ausgedehnter sein solle, als die Frist der zum Voraus d. h. vor der Versäumniß ertheilten Restitution.

Der Anfangspunkt dieser Restitutionsfrist wird auf ganz gleiche Weise bestimmt, wie dieß nach gemeinem Rechte geschieht.

---

9) S. Beitrag XVIII. und XII.

XLV.

Ueber den Einfluß des Concursprocesses auf das beneficium excussionis s. ordinis.

Das von Justinian in nov. IV. c. 1. zu Gunsten der, für einen Schuldner Intercedirenden eingeführte beneficium excussionis s. ordinis wird bekanntlich allen denjenigen eingeräumt, welche entweder zu Folge eines Vertrags oder letzten Willens, oder nach Maaßgabe eines Gesetzes, Herkommens oder Gerichtsbrauchs subsidiarisch für die Verbindlichkeit eines Schuldners einzustehen haben, sobald nicht ein Anderes durch das Gesetz bestimmt oder durch das Herkommen oder den Gerichtsbrauch eingeführt, oder von dem subsidiarisch Verpflichteten darauf verzichtet worden ist. Außerdem soll nach der nov. IV. das beneficium in Wegfall kommen, wenn der Hauptschuldner nicht mehr praesens ist, sondern absens geworden. Es hat dieß, wie Chop [1]) nachgewiesen hat, den Sinn, daß wie der subsidiarisch Verpflichtete für die ganze Verbindlichkeit des Hauptschuldners mit allen ihren Accessorien einzustehen hat, sobald nicht das Eine oder das Andere besonders ausgenommen worden ist [2]), derselbe namentlich auch dafür zu haften hat, daß der Hauptschuldner vor Lösung seiner Schuld von seinem gewöhnlichen Aufenthaltsorte d. h. von dem Orte, wo er zur Zeit der Eingehung seiner Verbindlichkeit wesentlich sich aufhielt, sich nicht wegwende und den Gläubiger nicht in die Unannehmlichkeit versetze, ein anderes Gericht, als dasjenige, welchem der Hauptschuldner zur Zeit der Eingehung der Obligation unterworfen gewesen ist, anzu-

---

1) Im Archive f. c. P. Bd. XV. Abh. 3. p. 50. ff.

2) Was z. B. dadurch geschieht, daß in der Intercessionsurkunde blos des Haftens für das Capital gedacht ist; was ferner bei dem Schadlosbürgen auch ohne besondere Verabredung der Fall ist.

gehen. Absens heißt also hier derjenige Schuldner, welcher durch die Veränderung seines Aufenthaltortes auch seinen Gerichtstand verändert hat, und sich nicht mehr vor seinem frühern forum belangen läßt; keineswegs aber gehört zu dem Begriffe, daß der Hauptschuldner verschollen, d. h. daß dessen Aufenthaltsort gar nicht bekannt sei [3]). Eine sehr bestrittene Frage ist es, ob mit der Eröffnung des Concursprocesses zu dem Vermögen des Hauptschuldners das beneficium excussionis verloren gehe? Sie soll uns beschäftigen, wenn gleich sie schon vielfach, in der neuesten Zeit am Ausführlichsten von Sell [4]) und Chop [5]) behandelt worden ist. Die Beantwortung der Frage ist sehr verschieden erfolgt. Die am Wenigsten haltbare, weil principlose Ansicht ist wohl die von Sell, welcher sagt, es müsse von der längern oder kürzern Dauer des Concursprocesses abhängen, ob die Frage zu bejahen sei oder nicht. Chop [6]) hat ihn gründlich widerlegt. Die übrigen Meinungen sind folgende. Die ältere, welche auch Chop wieder vertheidigt, geht dahin, daß der Gläubiger den Ausgang des Concursprocesses abwarten müsse, ehe er den subsidiarisch Verpflichteten in Anspruch nehmen könne. Nur wenn der Gläubiger beweist, daß er seine Befriedigung aus der Masse, nach der Beschaffenheit derselben, nicht erhalten werde, soll der von ihm verklagte Bürge mit dem beneficium excussionis sich nicht schützen können; was jedoch nicht der ausgebrochene Concurs, sondern die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners veranlasse [7]). Chop giebt a. a. O. die Gründe dieser Meinung: Die, den Concursproceß bedingende Insolvenz ist keine absolute, sondern eine relative (p. 55.), es hängt von dem concreten Falle ab, ob diesen oder jenen Gläubiger eine Einbuße treffen werde (p. 53.), es läßt sich in abstracto nicht annehmen, daß die Lage eines Gläubigers durch den Ausbruch des

---

3) S. Chop, a. a. O. p. 62. Vergl. übrigens wegen des Wegfalls des beneficium excussionis im Falle der Absenz des Hauptschuldners Gottschalk disc. for. T. III. c. 24.

4) In der Linde-Marezoll'schen Zeitschrift, Bd. III. p. 243. ff.

5) a. a. O. S. noch F. C. Brandenburg, diss. de fidejussorum beneficio excussionis eoque, exorto debitorum concursu, cessante, Rostoch, 1805.

6) a. a. O. p. 72. ff.

7) Glück, Pandectencomm. Th. XVIII. §. 1084. p. 383. Struben, rechtliche Bedenken, Th. I. Bd. 91. S. Ern. Fried. Günther, progr. de jure fideijussoris inter creditores obaerati debitoris in judicio nomen professi §. 2. not. 1. Lipsiae 1842. Vergl. auch Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 115. p. 450. not. 8. Ausg. 5. Leipzig 1825.

formellen Concurses zu dem Vermögen seines Schuldners verschlechtert werde (p. 54.), es wird aber auch durch die Eröffnung des Concursprocesses die Lage des Gläubigers, gegenüber dem Intercedenten 2c. nicht begünstigt, er muß erst den Hauptschuldner ausklagen, denn wenn er sich nicht in dem Concurse meldet, so kann er den Intercedenten nicht belangen, weil er diesem seine Klage gegen den Hauptschuldner, dem in dem Concurse die Ausflucht der Präclusion entgegenstehen würde, nicht mit voller Wirkung zu cediren vermag, wenn er aber bei dem Concurse sich meldet, so spricht er die Ueberzeugung aus, daß er etwas von dem Hauptschuldner erlangen werde, und er darf daher vor Beendigung des Concursprocesses den Intercedenten nicht in Anspruch nehmen, er darf dieß um so weniger, als mit seiner Anmeldung bei dem Concurse die Litigiosität eingetreten ist, eine res litigiosa nicht cedirt, und mithin das beneficium cedendarum actionum von dem Intercedenten gegen den Gläubiger nicht geltend gemacht werden kann (p. 70. ff.).

Eine andere Meinung ist der eben gedachten geradehin entgegengesetzt. Die Vertheidiger derselben sagen: der Gläubiger kann den Intercedenten belangen, ohne daß dieser auf das beneficium excussionis sich beziehen darf, nur muß der Gläubiger bei dem, zu dem Vermögen des Hauptschuldners eröffneten Concursprocesse seine Forderung angemeldet haben, um dem Intercedenten, falls er es verlangt, die Klage abtreten zu können. Die wirksame Anwendung des beneficium kann mit dem bereits ausgebrochenen Concurse nicht bestehen, da dieser die Ausübung aller Particularklagen gegen den Schuldner selbst aufhebt, und zwar wegen des unvermögenden Zustandes des Schuldners, wofür eben der Intercedent einsteht, damit dieser Zustand dem Gläubiger nicht nachtheilig werden soll. Der Intercedent ist auch dafür verhaftet, daß die Zahlung zur rechten Zeit angeschafft werde, und diese rechtzeitige Anschaffung wird durch den Concurs in der Regel unmöglich. Es ist also den gesetzgeberischen Gründen des beneficium excussionis ganz zuwider, wenn man demselben in dem Fragefalle Raum geben will. Als Analogie kann auch die Anordnung der nov. IV. nicht übersehen werden, daß schon wegen Abwesenheit des Schuldners das beneficium wegfällt [8]).

---

8) Weber, a. a. O. p. 450. not. 8. Schweppe, römisches Privatr. §. 511.

Wir können weder dieser, noch jener Meinung überall beipflichten, obwohl wir einige Principien derselben anerkennen müssen. Es mag wohl nicht bezweifelt werden, daß der Gläubiger, welcher im Falle des zu dem Vermögen des Hauptschuldners eröffneten Concursprocesses den Intercedenten in Anspruch nehmen will, bei dem Concurse sich anmelden muß, und daß er, wenn er sich bei diesem hat präcludiren lassen, gegen den Intercedenten nicht aufkommen kann. Es hat dieß jedoch mit dem beneficium excussionis etwas nicht gemein, vielmehr hängt es mit dem beneficium cedendarum actionum zusammen, denn der präcludirte Gläubiger vermag nicht dem Intercedenten seine Klagen mit der Wirkung zu cediren, daß dieser sie noch bei dem Concurse geltend machen könnte. Die Geltendmachung der Klagen des Gläubigers gegen den Concurs des Hauptschuldners ist nun die vorzüglichste, wo nicht die einzige Wirkung der Cession dieser Klagen an den Intercedenten, indem es mehr oder weniger von dem Zufalle abhängt, ob nach Beendigung des Concurses jemals etwas von dem Hauptschuldner zu erlangen sein möchte. Es muß daher die Cession der Klagen des präcludirten Gläubigers an den Intercedenten als im Erfolge ganz unnütz angesehen werden, und wie der Intercedent dem Gläubiger nicht gehalten ist, wenn dieser ihm seine Klagen gegen den Hauptschuldner nicht mit Erfolg cediren kann, wie ferner jene Erfolglosigkeit der Klagencession in dem Verschulden des Gläubigers ihren Grund hat, so wird auch dieser von dem Intercedenten mit der exceptio doli zurückgewiesen werden können. Es paßt hierauf ganz genau die c. 21. C. de fidejussor. (VIII. 41.)

> Sicut eligendi fidejussores creditor habet potestatem, ita intercessorem, postulantem cedi sibi hypothecae sive pignoris obligata, jure non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri,

und das fr. 95. §. 11. D. de solutionibus (XLVI. 3.)

> Si creditor a debitore petens culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, quum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

Diese Ausflucht hängt mit dem beneficium excussionis so wenig zusammen, daß sie auch demjenigen Regreßpflichtigen verstattet werden muß, welcher auf dieses beneficium ausdrücklich verzichtet hat.

Will der Gläubiger trotz seiner Präclusion in dem Concurse des Hauptschuldners den Intercedenten ꝛc. in Anspruch nehmen, so muß er der erwähnten exceptio doli mit der Replik begegnen können, daß in dem Concurse des Hauptschuldners auf seine Forderung nichts ausfallen könne; und er wird diese Replik bereits seiner Klage gegen den Intercedenten inseriren müssen, weil die exceptio doli, wäre ihre Grundlage auch nicht schon aus der Klage erkennbar, doch jedenfalls sofort von dem Intercedenten liquid gemacht werden kann. Eben so kann er gegen diese exceptio doli mit der Replik sich schützen, daß der Intercedent selbst rechtzeitig bei dem Concurse des Hauptschuldners eventuell sich angemeldet habe, für den Fall nämlich, daß er später von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden würde, und diesen befriedigen müßte. Denn wenn auch dem Intercedenten die Anmeldung nach der Präclusion der Gläubiger nicht zu gestatten ist, so wird doch jene eventuelle Anmeldung zugelassen, und dem Intercedenten auch der etwaige Ausfall auf seine Liquidation gewährt, sobald er die durch ihn bewirkte Befriedigung des Gläubigers und die Cession der Forderung desselben beibringt [9]).

Der Gläubiger beugt aber auch dieser exceptio doli vor oder vielmehr er zerstört von vorn herein deren Grundlage, wenn er seine Forderung in dem Concurse des Hauptschuldners anmeldet, und es läßt sich daher nicht sagen, daß der Gläubiger mit dieser Anmeldung die Ueberzeugung ausspreche, er werde wenn nicht ganz, doch wenigstens theilweise seine Befriedigung aus dem Concurse erlangen. Auch in der, durch die Anmeldung der Forderung bei dem Concurse entstandenen Litigiosität vermögen wir keinen Grund zu finden, das beneficium excussionis im Fragefalle Platz greifen zu lassen; indem, sollte wirklich die Cession eines Streitgegenstandes auch im heutigen Rechte unzulässig sein [10]), solches doch jedenfalls nur von der, durch den Beklagten versuchten Cession verstanden werden darf [11]).

Von der andern Seite läßt sich aber auch nicht sagen, wenigstens nicht in dem Sinne des gemeinen Rechts, daß die processua=

---

9) S. Günther, l. l., Kori, Concursproc. Bch. I. §. 109.

10) Mühlenbruch, von der Cession der Forderungsrechte, 2te Ausg. §. 31., Schweppe, a. a. O. §. 398.

11) Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentl. Civilproc., 7te Aufl., München, 1841. p. 315.

lische Lage des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner durch die Eröffnung des Concursprocesses ungünstiger werde, als sie sein würde, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner außer dem Falle des Concursprocesses hätte klagen können. Denn wenn auch, vorausgesetzt daß der Gläubiger aus der gesammelten Masse befriedigt sein will, derselbe keinen Particularproceß veranlassen kann, vielmehr mit seinem Anspruche an das Universalgericht sich wenden muß, so wird doch dadurch in den Formen jeder einzelnen Rechtsverfolgung bei dem Concursgerichte etwas nicht geändert, und es wird auch dem Gläubiger in dem Concursgerichte anstatt des Hauptschuldners keine andere Person entgegengeführt, welche processualisch begünstigter wäre, als der Hauptschuldner; denn das gemeine Recht kennt nicht die Bestimmung, daß dem condraticlor der Eid über ihm fremde Handlungen und Thatsachen nicht angetragen werden könne, und eben so zählt es den condraticlor keineswegs zu denjenigen Personen, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zukommt, wie Beides in Sachsen nach der E. P. O. Tit. XLI. §. 4., und nach dem Gesetze, die Entscheidung einiger zweifelhaften Rechtsfragen betreffend, vom 26. Octbr. 1834. §. IX. (G. u. V. B. p. 245.) der Fall ist. Die processualische Lage des Gläubigers wird um so gewisser nach gemeinem Rechte durch die Concurseröffnung nicht ungünstiger, als vielmehr dem Gläubiger durch die Concurseröffnung gewisse processualische Vortheile erwachsen, wohin wir z. B. rechnen, daß der Gläubiger auch solche Forderungen, deren Verfallzeit noch nicht eingetreten ist, bei dem Concurse anmelden, also ante diem venientem klagen kann, und daß in dem Concursprocesse der Gläubiger leichter zu dem etwa nöthigen Legaleide gelangt, als sein Gegner, weil er häufig den Eid de veritate zu schwören vermag, während der contradictor ihn nur de credulitate schwören kann.

Wir erklären ferner die analoge Anwendung der Bestimmung, daß das beneficium excussionis wegfallen soll, wenn der Hauptschuldner abwesend ist, auf den Fall des eröffneten Concursprocesses für unzulässig, weil der Hauptschuldner oder vielmehr der, welcher ihn den einzelnen Gläubigern gegenüber vertritt, auch nach der Concurseröffnung noch vor demselben Gerichte in Anspruch genommen werden kann, welchem der Hauptschuldner vorher unterworfen gewesen ist, und mithin die oben angezeigten Voraussetzungen jener Bestimmung in diesem Falle nicht vorhanden sind.

Unsere Abweichung endlich von den zuletzt vorgetragenen beiden Meinungen über den Einfluß des eröffneten Concursprocesses auf das beneficium excussionis beruht darauf, daß diese Meinungen keine Rücksicht darauf nehmen, ob die Forderung des Gläubigers zur Zeit der Eröffnung des Concursprocesses oder wenigstens des Anmeldungstermines bereits gefällig gewesen ist oder nicht. Es kommt aber bei Entscheidung unserer Frage hierauf, und was das sächsische Recht betrifft, auch darauf gar Vieles an, daß dem contradictor der Eid nicht angetragen werden kann, sobald es sich nicht um eine eigne Handlung desselben fragt, und daß demselben die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zukommt. Denn wenn gleich der Regreßpflichtige in der Regel auch dafür dem Gläubiger zu haften hat, daß der Hauptschuldner mit dem bestimmten Tage, also mit dem Eintritte des dies veniens, Befriedigung gewähre, so kann er doch eben auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht früher in Anspruch genommen werden, als der dies veniens eingetreten ist, und der Hauptschuldner den Gläubiger nicht befriedigt hat. Daran wird dadurch etwas nicht geändert, daß der Gläubiger, sobald der Concursproceß zu dem Vermögen des Hauptschuldners eröffnet worden ist, seine Forderung bei dem Concurse anmelden kann, wenn schon sie noch nicht gefällig ist; denn dieß Verhältniß geht blos den Gläubiger und den Hauptschuldner an, und ist dadurch bedingt, daß der Anspruch auf antheilige Percipirung von der Masse schon mit der Entstehung der Forderung begründet wird. Wir glauben daher, daß nach gemeinem Rechte der Gläubiger, welcher seine Forderung bei dem Concurse des Hauptschuldners angemeldet hat, nicht früher den Regreßpflichtigen in Anspruch nehmen darf, als bis seine Forderung wirklich betagt ist. Nach sächsischem Rechte [12]) muß dagegen einem solchen Gläubiger verstattet sein, den Regreßpflichtigen auch früher zu belangen, indem er von diesem fordern kann, daß er ihn des Streites mit dem anstatt des Hauptschuldners in die Mitte getretenen, processualisch so sehr begünstigten contradictor überhebe, und anstatt seiner sich selbst der Unannehmlichkeit aussetze, eines Beweismittels, nämlich des Eidesantrags, sich beraubt, und den contradictor auf die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen

---

12) Welches übrigens in der const. elect. XVIII. p. II. (C. A. I. 1. p. 90.) wegen der Fälle, in denen das beneficium excussionis nicht Platz greifen soll, auf das gemeine Recht verweist.

Stand wider Versäumnisse mit Erfolg sich berufen zu sehen. Nach sächsischem Rechte kann daher der Gläubiger zu jeder Zeit, nach gemeinem Rechte dagegen nur dann, wenn der dies veniens seiner Forderung eingetreten ist, den Regreßpflichtigen belangen; nur darf, was das sächsische Recht betrifft, der Belangte nicht verurtheilt werden, daß er vor dem dies veniens Zahlung leiste, und es darf früher gegen ihn nicht mit der Execution vorgeschritten werden, wenn gleich die Verurtheilung selbst schon vor dem Eintritte des dies veniens ausgesprochen werden und Rechtskraft erlangen, auch die Verurtheilung des Regreßpflichtigen zum Eintritte in den Concursproceß anstatt des Gläubigers sofort in Wirksamkeit gesetzt werden kann. In diesen Fällen steht also dem Regreßpflichtigen das beneficium excussionis nicht zu, denn er hat auch für die rechtzeitige Anschaffung der Befriedigung des Gläubigers zu sorgen, und kann diesen nicht nöthigen, die Verschiebung der Wirkungen des dies veniens und der gerichtlichen Verfolgung seines Anspruchs bis zu dem, vielleicht noch sehr fernen Zeitpunkte sich gefallen zu lassen, wo das, wenn schon zusammengebrachte, doch ohne sein Verschulden in dem Augenblicke nicht theilbare Vermögen nach dem Gange des Concursprocesses endlich zur Vertheilung unter die sämmtlichen angemeldeten Gläubiger gelangt. Es muß dieß auf alle Regreßpflichtige angewendet werden, mit alleiniger Ausnahme der Schadlosbürgen (fidejussores indemnitatis). Soll nämlich, seit dem einfachen Bürgen das beneficium excussionis durch die nov. IV. c. 1. verliehen worden ist, noch ein Unterschied zwischen diesem Bürgen und dem Schadlosbürgen vorhanden sein, so kann er blos darin gefunden werden, daß der Schadlosbürge nur erst, wenn sich in Folge der Execution gegen den Hauptschuldner ein Verlust des Gläubigers herausgestellt hat, auf Gewährung dieses Verlustes verklagt werden kann. Der Character des Schadlosbürgen ist darin erkennbar, daß dieser des beneficium excussionis gar nicht bedarf, und noch viel weniger ein Verzicht auf dieses beneficium bei ihm sich denken läßt [13]). Es folgt hieraus, daß der Schadlosbürge, wenn er vor Beendigung des zu dem Vermögen des Hauptschuldners eröffneten Concursprocesses von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden würde, mit der Ausflucht der Zuvielforderung (wenigstens tempore) sich schützen könnte.

---

13) S. Schweppe, a. a. O. §. 513. Bucher, das Recht der Forderungen, 2te Ausg. Leipzig, 1830. p. 405. Vergl. Chop, a. a. O. p. 56. not. 8.

XLVI.

Zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider Versäumnisse in dem Civilprocesse wird bekanntlich dadurch bedingt, daß der dieselbe Suchende durch das Versäumniß eine Verletzung erlitten hat, daß er binnen der hierzu nachgelassenen Frist um die Wiedereinsetzung ansucht, daß er auf einen solchen Billigkeitsgrund sich berufen kann, welcher entweder speciell im Civilrechte als causa restitutionis aufgeführt, oder doch unter die clausula restituendi generalis zu subsumiren ist, endlich daß der Restitutionsuchende anführen kann, er habe ohne sein Verschulden sich versäumt und die Verletzung erlitten. Die nackte Beziehung auf das Versäumniß, also auf das Unterlassen der, der Partei obgelegenen processualischen Handlung, genügt daher keineswegs zu Begründung des Restitutionsgesuchs. Nur diejenige Partei, welcher wegen der Qualität ihrer Person und ohne Hinsicht auf einen noch von Außen hinzutretenden Restitutionsgrund die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zukommt, z. B. der Minderjährige, kann dieselbe auch wider Versäumnisse im Civilprocesse fordern, ohne auf eine, durch das Versäumniß erlittene Verletzung und darauf, daß sie selbst daran keine Schuld trage, sich beziehen zu müssen. Ja, es erhält eine solche Partei sogar dann die gebetene Restitution, wenn ihre Schuld an dem Versäumnisse klar vorliegt, und blos in dem Falle eines dolosen Versäumnisses wird ihr die Restitution verweigert. S. Beitrag XXXIV. XXLIV. Es ist dieß namentlich auch auf das Versäumniß der Gläubiger an dem Anmeldungs- und Liquidationstermine in dem Concursprocesse anzuwenden [1]). Hierbei tritt je-

---

1) (Trützschler) Die Lehre von der Präclusion bei entstandenem Concurse der Gläubiger, 2te Ausg. p. 101.

doch eine Eigenthümlichkeit hervor, welche durch die Oeffentlichkeit der Vorladung der Gläubiger bedingt wird. Während nämlich diejenige Proceßpartei, welche zu einer processualischen Handlung privatim vorgeladen werden muß, an der Handlung sich nicht versäumt und mithin auch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß gar nicht bedarf, sobald es gewiß ist, daß die Vorladung nicht gehörig insinuirt worden ist, so schützt dagegen im Concursprocesse die bloße Unkenntniß der gehörig erlassenen öffentlichen Vorladung den, ihr unterworfenen Gläubiger keineswegs vor dem Vorwurfe des Versäumnisses, und noch viel weniger ist sie ein Grund zur Restitution [2]). Dieß deshalb, weil die öffentliche Bekanntmachung der Vorladung zugleich den Insinuationsact enthält. S. Beitrag XIII. Die Berufung also z. B. darauf, daß das öffentliche Blatt, in welchem die Ladung inserirt gewesen, gar nicht zu dem Gesichte des Gläubigers, wohl gar nicht an den fernen Aufenthaltsort desselben gelangt sei, kann das Restitutionsgesuch nicht begründen. Diejenigen Parteien dagegen, welchen schon wegen ihrer persönlichen Qualität die Restitution zukommt, bedürfen gar nicht erst, um diese zu erlangen, der Berufung auf ihre Unkenntniß von der öffentlichen Ladung.

In Sachsen besteht die besondere Bestimmung, daß diejenigen Gläubiger, welche aus rechtskräftiger Entscheidung eine Forderung haben oder ein Faustpfand besitzen oder mit einer ausdrücklichen [3]) Allodial- oder Lehnhypothek versehen sind, oder ein Hilfrecht erlangt haben, oder außerhalb Sachsen wohnen, noch binnen einer gemeinrechtlichen Jahresfrist von dem (Anmeldungs- und) Liquidationstermine an, selbst wenn das Präclusionserkenntniß inzwischen publicirt und rechtskräftig worden sein sollte, ihre Forderungen liquidiren können, sobald nur nicht vorher das Locationserkenntniß publicirt und in allen seinen Punkten rechtskräftig worden ist. S. das Rescript vom 14. Jan. 1728. (C. A. C. I. p. 1. p. 279.), welches unter dem 10. Sept. 1733., 19. und 27. Juni 1737. an verschiedene Behörden erlassen worden ist.

Das Rescript lautet in dem Dispositionspunkte wörtlich dahin, daß

2) Kori, Concursproceß, Bd. I. §. 109.

3) Auf die, möglicherweise auch jetzt noch vorkommenden Forderungen mit stillschweigender Hypothek ist dieß nicht zu beziehen. Kori, a. a. O. p. 203. not. 710.

Fremde, ingleichen diejenigen, so rem judicatam vor sich oder ein Unterpfand in Händen haben, nicht weniger die, so mit gerichtlichen Hypotheken oder Lehnsherrlichen Consensen versehen, oder auch durch die Immission ein jus reale erlangt, auch nach erfolgter Präclusion, wenn sie nur innerhalb einer gemeinen Jahresfrist, so vom ersten Tage des Liquidationstermins an zu rechnen, sich annoch melden, wofern inzwischen das Designationsurtel nicht bereits allenthalben in rem judicatam ergangen, mit ihren Forderungen annoch gehört werden mögen, dagegen aber auch denen Gläubigern, sowohl dem Creditwesen, die dießfalls verursachten Unkosten zu erstatten verbunden sein sollen.

Das Rescript giebt den, darin genannten Gläubigern offenbar eine Restitution. Die Restitution wird aber diesen Gläubigern keineswegs aus einer, von Außen herzutretenden Billigkeitsursache, sondern allein um ihrer Person willen ertheilt. Es dürfte dieß unverkennbar aus der ganzen Fassung des Rescripts hervorgehen, indem einer solchen Billigkeitsursache z. B. der Vermuthung, daß die öffentliche Vorladung nicht zu der Kenntniß der auswärtigen Gläubiger gelangt sei, durchaus nicht, sondern nur der Qualität jener Gläubiger, als auswärtiger oder mit Realrecht oder wenigstens mit rechtskräftiger Verurtheilung des Gemeinschuldners versehener, gedacht wird. Wir halten hiernach dafür, daß die in dem Rescripte erwähnten Gläubiger, um Restitution wider das Versäumniß an dem Liquidationstermin zu erlangen, blos auf das Versäumniß selbst und auf ihre persönliche Eigenschaft, so wie darauf sich zu beziehen haben, daß das Jahr noch nicht abgelaufen und das Locationserkenntniß noch gar nicht publicirt oder wenigstens nicht allenthalben rechtskräftig worden sei; so wie daß ihnen der Nachweis, sie haben rechtzeitig von dem Liquidationstermine Kenntniß erlangt, nicht entgegengehalten werden könne. Wir billigen daher nicht die, uns vor Kurzem zu Gesicht gekommene Entscheidung eines Untergerichts in folgendem Falle. Ein Ausländer, welcher in dem Liquidationstermine eine Forderung angemeldet, also ohne Zweifel von dem Termine zu gehöriger Zeit Kenntniß erlangt hatte, meldete später, jedoch innerhalb des vorgeschriebenen Jahres, während welches das Locationserkenntniß zwar publicirt, jedoch nicht allenthalben rechtskräftig worden war, noch eine zweite Forderung an und bat um Restitution: das Gericht schlug ihm diese ab.

XLVII.

Zur Lehre von dem Gerichtstande des Arrests.

In dem Beitrage XVII. sind die Voraussetzungen angegeben, unter welchen der ausgebrachte Realarrest geeignet ist, den Gerichtstand für die Hauptsache zu begründen [1]). Seit dem Erscheinen desselben ist uns folgender interessante Fall vorgekommen, welcher Nachweis giebt über die Anwendung der richtigen Theorie.

Ein Sachse suchte bei dem Justizamte Dresden Arrest einer daselbst für einen Kaufmann zu Berlin deponirten Summe, indem er zugleich eine aus zwei Klagpunkten bestehende Klage einreichte und auf diese von dem Justizamte Dresden, als dem forum arresti, Verfügung forderte. Das Gericht fügt diesem Verlangen, der Ausländer wendete jedoch Appellation ein, und so gelangte die Sache an das Bezirksappellationsgericht. Dieses ging blos auf den ersten jener Klagpunkte ein, erklärte denselben für vorläufig bescheinigt, berief sich darauf, daß dieser erste Klagpunkt in dem Königreiche Preußen, nach den dort bestehenden Gesetzen, nicht klagbar sein würde, und entschied, daß der Arrest begründet, und auf die erhobene Klage, da durch die Statthaftigkeit des Arrests das Justizamt Dresden für die Hauptsache competent geworden, die nöthige Verfügung zu erlassen sei. Der Ausländer appellirte nochmals, das Oberappellationsgericht verwarf jedoch die Appellation und sagte unter andern in den Entscheidungsgründen, daß zwar der zweite Klagpunkt, welcher eben so wohl in dem Königreiche

1) Wir benutzen die gebotene Gelegenheit, die Form des Beitrags XVII. zu verbessern. Auf S. 96. Z. 21. v. O. müssen die, durch einen lapsus calami eingeschlichenen Worte „auch abgesehen von dem Vorhandensein eines Arrestgesuchs" in Wegfall gebracht werden; und S. 97. Z. 5. v. u. muß, zu Vermeidung von Mißverständnissen, entweder das Wort „wohlgesessenen" weggedacht oder es müssen ihm die Worte: „d. h. weder flüchtigen noch vagabundirenden" beigefügt werden.

Preußen, wie in dem Königreiche Sachsen klagbar sei, nicht so, wie der erste, vorläufig bescheinigt worden sei, daß man sich aber nicht habe dadurch bewogen finden können, den Arrest theilweise wieder aufzuheben, indem die Summe des ersten Klagpunktes der, mit Arrest belegten gleich komme, und man für angemessen erachtet habe, die Frage, in wiefern das gewählte Arrestforum auch hinsichtlich des zweiten Klagpunktes competent sei, der künftigen Entscheidung in der Hauptsache zu überlassen. Die Juristenfacultät wieß darauf, als die Hauptsache zur Entscheidung an sie kam, den zweiten Klagpunkt, als vor dem Justizamte Dresden nicht verfolgbar, ab, indem sie als Entscheidungsgrund angab, daß der Kläger bei der Nachsuchung des Arrests diesen zweiten Anspruch keineswegs, wie doch erforderlich gewesen, vorläufig bescheinigt gehabt habe, mithin auch der ausgebrachte Arrest auf den zweiten Klagpunkt keineswegs zu erstrecken sei. Der Ideengang, welcher dieser Entscheidung zu Grunde lag, war folgender. Es muß bei Beurtheilung des gedachten Arrestgesuchs der erste Anspruch des Klägers von dem zweiten getrennt werden. Berief sich der Kläger, um den Arrestschlag auszubringen, auf den ersten Anspruch und auf das, der gerichtlichen Verfolgung desselben in dem Königreiche Preußen entgegenstehende preußische Gesetz, bescheinigte er auch vorläufig diesen ersten Anspruch, so gnügte er den beiden Voraussetzungen des Arrestschlags, indem er die Wahrscheinlichkeit einer rechtsbegründeten Forderung und die Gefahr, den Anspruch in dem Königreiche Preußen nicht verfolgen zu können [2]), nachwies; es mußte also der Arrestschlag verfügt werden, und damit ward auch der judex arresti zugleich der Richter für den ersten Anspruch, welcher bei dem ordentlichen Richter des Ausländers nicht würde haben geltend gemacht werden können. Legt man dagegen dem Arrestgesuche den zweiten Anspruch unter, so fehlt dem Gesuche schon die erste Voraussetzung, sofern nämlich der Arrestsuchende eine vorläufige Bescheinigung seines zweiten Anspruchs nicht unternommen hat, und es ist daher in so weit das Arrestgesuch unbegründet, es kann ein Arrest nicht angelegt werden, und folgbar kann auch von einem Gerichtstande des Arrests nicht die Rede sein. Das Dicasterium ließ sich auf weitere Rationen nicht ein, weil schon die eine, daß nämlich die eine Voraussetzung des, mit Unterlegung des zwei-

---

2) S. Beitrag XVII. p. 96.

ten Anspruchs vorgebrachten Arrestgesuchs fehle, zur Darlegung der Incompetenz des Justizamts Dresden gnügte. Es ward aber damit keineswegs erklärt, daß es nicht noch mehrere, dasselbe Resultat herbeiführende Gründe gebe. Sie sind folgende. Es war auch der zweiten Voraussetzung des gesuchten Arrestschlags nicht Gnüge geschehen. Der Arrestsuchende hatte sich auf die Gefahr, seinen zweiten Anspruch bei veränderten Umständen entweder gar nicht wirksam oder nur mit großer Beschwerlichkeit verfolgen zu können, gar nicht berufen, weniger noch bescheinigt. Insbesondere hatte er darauf sich nicht beziehen können, wie er es bei dem ersten Anspruche gethan, daß der zweite Anspruch in dem Königreiche Preußen nicht verfolgt werden könne.

Dieß Letztere war aber vornehmlich ins Auge zu fassen; denn hätte auch der Arrestsuchende die Gefahr, seinen zweiten Anspruch entweder ganz einzubüßen oder nur unter großer Beschwerde verfolgen zu können, auf irgend eine andere Weise z. B. mit der Darlegung, daß der Gegner im Abfalle der Nahrung sich befinde, nachgewiesen, ohne zugleich die Unklagbarkeit des Anspruchs vor dem preußischen Richter zu behaupten, so würde wohl der Arrestschlag haben verfügt, also dem Arrestsuchenden ein Executionsobject haben gesichert werden können, der Arrestschlag würde jedoch keineswegs einen Gerichtstand für die Hauptsache zu begründen vermocht haben, vielmehr würde der Kläger immer noch anzuweisen gewesen sein, die Hauptklage bei dem ordentlichen Richter des Gegners im Königreiche Preußen anzubringen, und bei ihm glücklicher Beendigung des Hauptprocesses die in Sachsen mit Arrest belegte Sache als ihm bereits gesichertes Executionsobject zu bezeichnen.

XLVIII.

Von dem Gerichtstande des Gesuchs um Restitution wider eine Versäumniß im Civilprocesse.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche in einem Civilprocesse und während der Dauer desselben von der einen oder andern Partei gebeten wird, kann nur von demjenigen Richter ertheilt werden, vor welchem der Streit in dem Augenblicke rechtshängig war, wo der Restitutionsuchende die Verletzung erlitten hat, gegen welche er restituirt sein will. Doch kann die Restitution wider eine, in der untern Instanz erlittene Verletzung bei dem Richter der höhern Instanz gesucht, und von diesem ertheilt werden; niemals dagegen darf der umgekehrte Fall stattfinden [1]. Wendet man dieß an auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider das Versäumniß an den Fatalien der devolutiven Rechtsmittel, so scheint nur der obere Richter, an welchen die Cognition über die Sache durch das Rechtsmittel erwächst, und derjenige Richter, welcher noch über jenem steht, zu Ertheilung der Restitution competent zu sein, weil, wenn auch die Berufung bei dem untern Richter interponirt werden muß, dennoch diesem von dem Augenblicke der eingelegten Berufung an jede Cognition in der Sache entzogen ist, und der judex ad quem allein eben so über die Form des eingelegten Rechtsmittels, wie über den Inhalt desselben (die gravamina), zu erkennen hat. Zwar ist dieß schon von Gönner [2]) nachgewiesen, welcher auch die Gründe von Gaila [3]), Blum [4]) und

---

1) Vergl. Heffter, Institutionen des Civilproc. p. 495. f. Schweppe, römisch. Privatr. §. 984., Biener, syst. pr. jud. §. 176. obs.

2) Handb. des teutsch. gem. Proc. Bd. III. Abh. 58.

3) Observat. libr. I. obs. 143. nr. 1.

4) Process. cameral. tit. IL. nr. 5.

Hoscher [5]) speciell widerlegt, die gewöhnlich zur Vertheidigung der Meinung citirt werden, daß der judex a quo wenigstens wider das Versäumniß an dem fatale interponendi remedii Restitution ertheilen könne. Indessen nehmen wir diesen letztern Punkt doch noch einmal auf, und zwar einmal, weil Biener [6]), welcher in Sachsen als die erste processualische Autorität des häufigsten citirt wird, unter Berufung auf Gaila und Hoscher ebenfalls der nur gedachten Meinung huldigt, und dann weil Gönner einer Stelle des römischen Rechts nicht erwähnt, welche unseres Bedünkens auf das deutlichste für seine Ansicht spricht. Es ist dieß die c. 1. C. si saepius in integrum restitutio postuletur (II. 43.), welche so lautet:

Si post sententiam proconsulis contra vos latam desiderastis in integrum restitui, nec obtinuistis, frustra rursus, ut ea quaestio in integrum restitutionis agitetur, desideratis; appellare enim debuistis, si vobis sententia displicebat. Sed si adhuc in ea aetate estis, cui subveniri solet, appellandi jus vobis restituimus.

Der hier entschiedene Fall ist folgender. Es war von einer unmündigen Partei wider das Erkenntniß des Proconsuls — und zwar, wie gesetzlich, bei diesem selbst — Restitution gesucht und, als dieser ein abfälliges Decret darauf ertheilt gehabt, das Gesuch wiederholt, wie aber der Proconsul darauf gar nicht eingegangen, bei den Kaisern Beschwerde wider ihn geführt worden. Darauf rescribirten diese, daß die Wiederholung des Gesuchs unstatthaft sei, weil der untere Richter bereits über dasselbe erkannt habe, und daß sie, die Kaiser bei der gegenwärtigen Sachlage auch nicht in der Hauptsache erkennen könnten, da keine Berufung eingewendet und daher die Sache nicht zu ihnen devolvirt worden sei, daß sie aber den Beschwerdeführern, weil dieselben noch minderjährig seien, die Restitution wider das Versäumniß an dem fatale interponendae appellationis ertheilen könnten, sobald darum werde gebeten werden. Die Kaiser erklären also, daß sie selbst die Restitution ertheilen würden; während sie gewiß, hätte das Recht dazu dem Pro-

---

5) Sammlung merkwürdiger, am kaiserlichen Reichskammergerichte entschiedener Rechtsfälle, Th. I. obs. 4.

6) l. l. §. 175. obs.

consul zugestanden, die Partei mit ihrem Restitutionsgesuche an diesen gewiesen haben würden.

In Sachsen wird zwar, nach Einwendung eines devolutiven Rechtsmittels, vor dem judex a quo ein Präliminarverfahren gehalten [7]); allein wie diese Einrichtung blos zu dem Zwecke getroffen ist, um für die meisten Fälle ein jedenfalls mehr weitläufiges und kostspieliges Justificationsverfahren bei dem judex ad quem zu ersparen, so ist mit derselben dagegen in keine Weise dem judex a quo eine Cognition über die Formalien der Devolutivrechtsmittel und über die Gesuche um Restitution wider das Versäumniß an diesen Formalien eingeräumt. Die Einreichung des Gesuchs kann wohl bei ihm geschehen, und er ist wohl auch ermächtigt, auf den Antrag des Restitutionsuchenden solche Erörterungen, unerwartet der Anordnung des judex ad quem, vorzunehmen, welche die factische Unterlage des Restitutionsgesuchs darthun sollen; allein die Ertheilung der Restitution selbst muß er dem obern Richter anheimgeben. Es kommen nicht selten Fälle vor, wo der Unterrichter zu Ertheilung der Restitution wider das Versäumniß an dem fatale **interponendi remedii devolutivi** sich für ermächtigt hält, und erst vor ganz kurzer Zeit hat die Juristenfacultät zu Leipzig nach der eben ausgesprochenen Ansicht erkannt. Auch bei Biener [8]) ist diese Ansicht gebilligt, und es nimmt um so mehr Wunder, daß er von dem Gesichtspunkte des gemeinen Rechtes aus die entgegengesetzte Meinung vertheidigt, da in dem erwähnten Präliminarverfahren wenigstens scheinbar ein Grund mehr enthalten ist, den sächsischen Unterrichter für competent zur Cognition über die Formalien der devolutiven Rechtsmittel anzusehen.

---

7) Mandat v. 13. März 1822. §. 26. (Gesetzs. p. 213.), in Verbindung mit dem Gesetze, die höhern Justizbehörden 2c. betreffend, v. 28. Jan. 1835. §. 22. (G. u. V. B. p. 67.), ferner Gesetz, das Verfahren in Administrativsachen betreffend v. 30. Jan. 1835. §. 16. (G. u. V. B. p. 91.), auch Verordnung vom 8. Jan. 1832. (G. u. V. B. p. 341. f.).

8) l. l. §. 175. obs. ex. s.

Register.

(Die beigesetzte Zahl bezeichnet die Seite.)

Abzugsgeld beruht auf privatrechtlichen Titel, 6. S. Dresden.
Alimentationsklage s. Geschwängerte, Alimentationspflicht, Regreßklage.
Alimentationspflicht, gesetzliche, in Betreff unehelicher Kinder, wem sie obliegt, 159. f., tritt bei unehelichen, wie bei ehelichen, blos ein, wenn diese selbst unvermögend sind, 160. 161., Beschränkung durch den Grundsatz: in praeteritum non vivitur, 162. f., wo dieser Grundsatz nicht anzuwenden ist, also Alimente für die Vergangenheit gefordert werden können, 163. f. worauf die ges. A. des Vaters unehelicher Kinder beruht, 259. f.
Armeneid, ob er subsidiär, 152. f., ob er nöthig, wenn das Armenrecht von einem unter öffentlicher Verwaltung stehenden Institute gesucht wird, 154.
Armenrecht, die Bedingungen desselben, 151. f.
Arrest, dessen Wesen, 95. f., wann und wie er den Gerichtstand für die Hauptsache begründet, 96. ff. 286. f.
Auction s. Versteigerung.
Beneficium excussionis s. ordinis, wann es wegfällt, 274. ff., ob mit Eröffnung des Concursprocesses, 275. ff. S. Intercedent, Schadlosbürge,
Beschwerdeführung s. Richter.
Besitzprocesse s. Intervention.
Beweis, der Verwandschaft, wie er in Edictalsachen wegen Abwesender und wegen unbekannter Erben beschaffen sein muß, 81. ff. zwei Zeugen geben vollen B., 155., bisweilen schon ein Zeuge, 155. f., namentlich wenn das Zeugniß wie ein Bekenntniß wirkt, 156. ff., ob auf die Formmängel des B. noch in dem Enderkenntnisse Rücksicht genommen werden kann, wenn sie in dem gesprochenen Productionserkenntnisse übergangen worden sind, 166. ff. S. noch Verfahren, Zeugen.
Beweisartikel, ob neue für die neubenannten Zeugen eingereicht werden können, 72.
Beweismittel, worauf die Gemeinschaftlichkeit derselben beruht, 118. f., was ihre Wirkung ist, 119. f. S. instrumenta noviter reperta.
Bonum receptitium, s. Ehemann.
Cession s. Mandatum.
Comparatio literarum, das sächsische Recht kennt sie nicht im Civilprocesse, 208.
Compensatio, deren Eintheilung, 147., was der Grundsatz heißt: compensatio fit ipso iure, und worauf er beruht, 147. ff., die Wirkungen der C., 149. f.
Concursproceß s. beneficium excussionis, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
Conformität der Erkenntnisse s. Erkenntniß.

Congressus cum pluribus, Einfluß desselben auf den Dotationsanspruch, 258. f., auf den Alimentationsanspruch, 259. ff.
Contumaz s. Ungehorsam, legitimatio.
Costuprator s. Regreßklage.
Darlehn, muß von dem Kläger bewiesen werden, wenn der Beklagte es igeleugnet, jedoch den Empfang des Geldes aus einem andern Grunde, als dem Darlehngeschäfte, zugestanden hat, 20. ff. S. Geld.
Decendium, ob es zu zählen bei Berechnung der Beweisfrist, wenn wider das letzte Erkenntniß kein Rechtsmittel mehr zulässig gewesen, 189.
Decret, die Wirkungen des ersten im Civilprocesse, 191. f., wenn es von einem incompetenten Richter erlassen worden ist, 193. f. wenn es fehlerhaft erlassen worden ist, 194. ff., insbesondere ob ein solches Decret die Verjährung unterbricht, das., die Wirkungen des ersten Decrets auf die eingereichte reconventio anticipata, 197. f.
Diffamation s. Eid, provocatio.
Diffession s. Urkunden.
Diffessionseid, ob das Erbieten dazu nöthig, 208. ff.
Dilation s. Frist.
Dotalvermögen s. Ehemann.
Dotation, gebührt nur einer unberüchtigten Stuprirten, 258.
Dresden, dessen Privilegium, eine Steuer von den aus Dresden herausgehenden Verlassenschaften zu fordern, 6. f.
Edictalladung s. Vorladung.
Ehefrau s. Ehegatten, Ehemann.
Ehegatten, deren gesetzliche Succession ist eine doppelte, eine simultane (privilegirte) und subsidiäre, 235., welche Eigenschaft die Succession der armen Wittwe (die privilegirte Succession der E.) hat, 235. ff., ob den privilegirt succedirenden E. die querela inofficiosae donationis und dotis zusteht, 237. ff.
Ehemann, welche Rechte er an dem Vermögen seiner Ehefrau hat, 227. ff., ob und wie weit er für seine Ehefrau in Betreff deren Vermögens vor Gericht handeln kann, 229. ff.
Eid, die Frist zur Wahl zwischen der Annahme, Rückgabe des angetragenen E., so wie der Gewissensvertretung wird nach gemeinem R. durch den Richter, nach sächsischem Rechte durch das Gesetz bestimmt, 25., die Folgen der unterbliebenen Wahl, das., nach Leistung des E. kann nicht in anderer Weise auf den E. zurückgegangen werden, 26., nach sächsischem Rechte auch nicht nach verfehlter Gewissensvertretung, wohl aber nach gemeinem Rechte, das., nicht der angetragene E., sondern die Partei, welcher der E. angetragen worden, ist das Beweismittel, 27., die Antragung des E. ist nicht Vergleich, 26. ff., in der Wahl auf den angetragenen Eid kann variirt werden, 29. ff., ob der E. zur Bescheinigung der Diffamation angetragen werden kann, 41. ff.
Eidesantrag s. Eid.
Eidesleistung, dolose Behinderung daran durch den Gegner, worin sie besteht nach gemeinem Rechte, 33. f. 39., nach sächsischem, 36. ff. 39. f., was sie bewirkt, 35., durch denjenigen selbst, der schwören soll, 40.

Einholung rechtlichen Erkenntnisses s. Richter.
Einrede s. Eventualmaxime.
Erbschaftssteuer, kann blos von dem, in dem Lande befindlichen Theile des Nachlasses gefordert werden, 2.
Erkenntniß, das nach dem ersten Verfahren im ordentlichen Civilprocesse zu ertheilende kann definitiv sein, wenn gleich noch relevante Thatsachen unerwiesen sind, 15. f. wenn mehrere E. conform mit einander sind, 251. ff.
Eventualmaxime, zu ihrer Anwendung werden Vertheidigungs=, Rechtverfolgungs= und Beweismittel concurrirender Art erfordert, 113. ff., ihre Nichtbeobachtung ist Ungehorsam, 113., welche Einreden, dieser Nichtbeobachtung ohnerachtet, nicht verloren gehen, das. S. Vertheidigungsmittel.
Exceptio spolii, deren Wirkung, 142. ff., deren processualische Behandlung, wenn auf Beweis der Klage und der exc. sp. erkannt ist, 144. f.
Exceptio termini angusti, wann ein stillschweigender Verzicht auf dieselbe anzunehmen, 138. ff.
Fidejussor indemnitatis s. Schadlosbürge.
Frauensperson, eine unberüchtigte, 258. S. Dotation.
Frist, die zur Benennung neuer Zeugen bestimmte, ob sie verlängert werden kann, 68., von welchem Zeitpunkte an diese läuft, 72. (Dilation) und Termin, wie sie sich unterscheiden, wie sie eingetheilt werden, 181., Verlegung der T. durch Compromiß, durch richterliches Decret unbedingt erlaubt, 181. f., Verlängerung der F., auch Dilation genannt, durch Compromiß und richterliches Decret erlaubt, mit Ausnahme der Nothfristen, welche bloß durch Compromiß verlängert werden können, 181. f., wie oft die F. durch richterliches Decret verlängert werden kann, 182. ff. 267. 268., auf eine dilatorische muß eine peremtorische folgen, 182., die dritte Verlängerung der F., unter welchen Bedingungen sie nach sächsischem Rechte denjenigen, welchen die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex jure singulari zukommt, zu ertheilen ist, 269. f. S. Eid, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
Fristverlängerung s. Frist.
Gegenbeweisartikel, ob neue für die neubenannten Zeugen eingereicht werden können, 72.
Geld, die Zahlung von G. ist ein ganz genereller Vorgang und giebt keinen Klaggrund, 17. ff. 146., um einen solchen zu geben, muß der Kläger noch auf ein Geschäft sich beziehen, aus welchem der Empfänger verbindlich werden konnte, z. B. auf ein Darlehngeschäft, 19. f.
Gerichtstand s. Arrest, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
Geschwängerte, ob sie die mehrern Stupratoren auf einmal in Anspruch nehmen kann, 264. ff., ob sie mit Anstellung der Alimentationsklage gegen die verschiedenen Stupratoren variiren kann, das. S. congressus cum pluribus.
Hauptklage, ob die nach vorausgegangener provocatio ad agendum angestellte durch ihre Zurückweisung verloren geht, 50. ff., ob durch mutatio und renuntiatio libelli, 54. ff.
Instrumenta noviter reperta, was dahin zu rechnen nach gemeinem und sächsischem Rechte, 100. S. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Zeugen.

Intercedent kann von dem Gläubiger nicht belangt werden, wenn dieser ihm seine Klage gegen den Hauptschuldner nicht mit Erfolg cediren kann, 277.

Intervention, ob sie im summarischen Besitzprocesse und in Spoliensachen zulässig ist, 85. ff.

Klagbar, was kl. sei, darüber im gemeinen Rechte nur wenige allgemeine Andeutungen, 1. Beitrag zur Lehre darüber, 1. ff.

Klagbarkeit s. Zinsthaler.

Klagrecht, ein solches hat keineswegs schon derjenige, welchem ein Retentionsrecht zusteht, 4.

Legitimatio, ad causam und ad processum, welchen Einfluß der Mangel derselben in Contumacialfällen äußert, 64. ff.

Liedlohn, das Recht desselben im Concursprocesse, 89. ff.

Mandatarius generalis und specialis, welche Handlungen er vornehmen kann, 123.

Mandatum, Eintheilung, 122., zur Vornahme einer Cession, welche gerichtlich vorzunehmen ist, wie sie beschaffen sein muß, 124. ff.

Mutatio libelli s. Hauptklage.

Negans iure iurando delato et acceptato non excipit, die Anwendung dieser Regel, 113. f.

Obligatio s. Verbindlichkeit.

Paraphernalvermögen s. Ehemann.

Pflichttheil s. Ehegatten.

Präclusion, der Gläubiger im Concursprocesse ist zwar schon mit dem Versäumniß am Termine verwirkt, muß aber noch von dem Richter erklärt werden, 173. ff., wie diese Erklärung geschieht, 178., zu Publication dieser Erklärung muß öffentliche Vorladung erlassen werden, 178. ff.

Präclusionserklärung (erkenntniß) s. Präclusion.

Proceßformen, werden blos durch das positive Recht gebildet, 11., sollen nicht detaillirt sein, sondern dem Richter eine gewisse Freiheit in Behandlung der Processe gestatten, das.

Proceßleitung, äußert sich in erlaubenden, gebietenden und verbietenden Decreten, 10., ist nach philosophischem Proceßrechte an keine Form gebunden. S. Proceßformen.

Protestation, ob durch sie die Verjährung unterbrochen wird, 197.

Provocatio ex lege diffamari ist blos da zulässig, wo eine Hauptklage des Gegners möglich ist, 46. f., kann von demjenigen erhoben werden, welchem die actio negatoria zusteht, 48., außerdem aber keineswegs von dem Nichtbesitzer gegen den Besitzer, 48., dagegen aber von dem Mitbesitzer gegen den Mitbesitzer, 48. f. S. Hauptklage.

Querela inofficiosae donationis und dotis s. Ehegatten.

Rechtsmittel, gegen Erkenntnisse, deren Beschränkung, 244. f.

Rechtssachen, nicht geringfügige, geringfügige, ganz geringfügige, was sie sind, 245. not. 3. 4.

Recognition s. Urkunden.

Reconventio anticipata ist dem sächsischen Rechte eigenthümlich, 206. S. Decret, Wiederklage.

Regreßklage, des einen Costuprator gegen den Andern unter welchen Bedingungen sie statthaft ist, 261. ff.
Renuntiatio libelli s. Hauptklage.
Restitutio in integrum s. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
Restitutionsfrist, ist nicht länger, als die versäumte Frist, 101. 268. Ausnahme 102. f. von welchem Zeitpunkte an sie läuft, 267. f.
Retentionsrecht s. Klagrecht.
Richter, dessen Thätigkeit im Civilprocesse ist eine negative und eine positive, deren Abgrenzung, 9. ff., der R. ist beurkundender, proceßleitender oder entscheidender, 10., muß seine Decrete, wenigstens diejenigen, welchen er die Androhung eines Rechtsnachtheils beifügt, mit Berufung auf das Gesetz, Interpretation, Analogie, rechtskräftige Entscheidung, Compromiß der Parteien begründen können, 11. ff., muß seinen einfachen Decreten, insbesondere der Abschlagung einer Frist, Gründe beigeben, 185. f., gegen die Willkühr des R. findet als Rechtsmittel Beschwerdeführung, auch Einholung rechtlichen Erkenntnisses statt, 187. f., ob er die Acten an ein Dicasterium versenden darf, um eine Resolution in einem Processe zu erlangen, 189. f.
Schadlosbürge, (fideiussor indemnitatis) dessen Unterschied von dem einfachen Bürgen, 281., ob er das beneficium excussionis hat, das.
Sententia comminatoria, was darunter zu verstehen, 177.
Solutio fit ipso iure, was das heißt, 147. S. Geld.
Spolienproceß s. exceptio spolii, Intervention.
Spolium s. exceptio spolii.
Subhastation s. Versteigerung.
Succession s. Ehegatten.
Tempus notitiae s. Frist.
Termin s. Frist.
Terminus angustus s. exceptio term. ang.
Testamentshandlung, feierliche, wann sie beginnt und endet, bei schriftlichen Privattestamenten, 59., bei mündlichen, das., bei den, dem Gericht übergebenen Testamenten, 60. f., bei den vor Gericht ausgesprochenen, 61. f.
Tod, der einer Partei, welchen Einfluß er auf den Proceßgang hat, 127. ff.
Ungehorsam, im Processe, wann er eintritt, 63. f., dessen Voraussetzungen, 170., des Beklagten im ersten Termine hat keine, ihm nachtheilige Folgen, wenn die Klage an einem Formfehler leidet, 170. ff., Wirkungen des U. des Beklagten im ersten Termine, 171., der U. wird zwar mit dem Versäumnisse bewirkt, muß aber noch von dem Richter erklärt werden, 174. S. Eventualmaxime, legitimatio, Präclusion.
Unterbrechung der Verjährung s. Decret, Protestation.
Unterschrift, giebt die Vermuthung, daß der Verfasser die Urkunde kenne und genehmige, 212., in wie weit diese Vermuthung räumlich sich erstreckt, 212. ff.
Urkunden, hinsichtlich derselben ist die Integrität und Aechtheit der Form nachzuweisen, 207., deren Diffession, was darunter zu verstehen, das., diffessio contentorum findet nur ausnahmsweise statt, 212., sind blos recog-

nitions= und beweisfähig, wenn sie die Angabe des Verfassers enthalten, welche gemeiniglich als Unterschrift erscheint, 212., wie es mit deren Recognitionsfähigkeit zu halten, wenn die U. mehrere Unterschriften enthält, und in derselben der Verfasser von sich im Singulare spricht, 214. f.

Verbindlichkeit, ob auf Erfüllung einer durch specielles, im Auslande nicht anerkanntes positives Gesetz begründeten im Auslande geklagt werden kann, 1. f. 4. ff., ob eine die nicht auf privatrechtlichem, sondern auf öffentlich rechtlichem Titel beruht, im Civilprocesse geltend gemacht werden kann, 3. f.

Verfahren, Bestimmung des ersten im ordentlichen Processe, 14., ob die Parteien compromißweise den Beweis in das erste Verfahren hineinziehen können, 15., das gemeinrechtliche nach eingereichtem Beweise, 165., das sächsische, 165. f.

Versteigerung, nothwendige, ob sie, wenn inzwischen Insolvenz des Schuldners sich zeigt, wiederholt werden muß, 134. ff.

Vertheidigungsmittel, collidirende, können nicht neben einander bestehen, Fälle, 115. ff.

Verwandschaft s. Beweis.

Vollmacht s. Mandatum.

Vorladung, öffentliche, Fälle, in denen sie im Civilprocesse anwendbar ist, 74. f., ob sie gebraucht werden kann zur Vorladung einer Proceßpartei, deren Aufenthalt unbekannt geworden ist, zur Vornahme einer processualischen Handlung, 76. ff. S. Präclusion.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen neuaufgefundener Beweismittel, deren Wesen, 100. ff., ob wenn sie erlangt worden ist, ein neuer Weg zu Herstellung des Beweissatzes eingeschlagen werden kann, 107. ff., und ob neben den neu aufgefundenen Beweismitteln bereits früher bekannte gebraucht werden können, 107. ff., die W. i. d. v. St. kann wider das Versäumniß an einer Frist nur einmal ertheilt werden, 267., wider Versäumnisse, wenn sie zu ertheilen, 272. f., deren Voraussetzungen, 282., insbesondere Auswärtiger wider das Versäumniß an dem Anmeldungs= und Liquidationstermine im sächsischen Concursprocesse, 282. f., wo sie gesucht werden muß, 288. S. Frist, Restitutionsfrist.

Widerklage, deren Eintheilung, 199., Unterschied der W. des gemeinen und des sächsischen Rechts, 200. 202. ff., Wirkungen der W. 200. ff., wann nach sächs. Rechte auf dieselbe oder auf die Separatklage zu erkennen ist, 205. f.

Zinsthaler, der sechste, ob er klagbar ist, 216.

Zeugen, ob neue benannt werden können an die Stelle der schon abgehörten, 68. ff., ob an die Stelle eines verstorbenen, jedoch unzulässigen, 71., ob an die Stelle eines auf andere, von dem Producenten nicht verschuldete Weise, als durch den Tod, 71., neu aufgefundene Z., ob sie an die Stelle der weggefallenen benannt werden können, 73. S. Beweisartikel, Gegenbeweisartikel, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Berichtigung: Seite 143 Zeile 9 v. u. ist zu streichen: jeder.

Druck von Bernh. Tauchnitz jun.

De la Haye

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Höpfner, Ludwig,

Beiträge zur civilrechtlichen Praxis

Bd.: 1

Leipzig 1842

J.pract. 122 u-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554225-5